Crim.
192 km

Olshausen

Der

Einfluß von Vorbestrafungen

auf später

zur Aburtheilung kommende Strafthaten.

Eine Abhandlung aus dem Reichsstrafrecht

von

Dr. Justus Olshausen,

Obergerichts-Assessor und Substituten des Kron-Oberanwalts

zu Celle.

Berlin 1876.

Verlag von Franz Vahlen.

Dem Appellationsgerichts-Vice-Präsidenten Nessel

zu Frankfurt a./O.

und

dem Geheimen Ober-Regierungsrath a. D. Olshausen

zu Berlin,

seinem Schwiegervater und seinem Vater,

als Geburtstagsgabe zum 8. und 9. Mai

dargebracht

vom Verfasser.

Vorwort.

Im Laufe der vorliegenden Arbeit war es dem Verfasser zweifelhaft geworden, ob er dieselbe — wie geschehen — als ein Ganzes veröffentlichen solle, oder ob es sich nicht vielmehr empfehle, die einzelnen Abschnitte derselben als besondere Abhandlungen zu publiciren. Es schien ihm dieses deshalb beinah erfordert zu werden, weil die verschiedenen Theile des Reichsstrafrechtes beziehungsweise des Reichs-Strafgesetzbuches, über welche die Arbeit sich erstreckt, äußerlich nur in einem losen, zunächst kaum erkennbaren Zusammenhange stehen. Dennoch ist der Verfasser schließlich seinem ursprünglichen Plane getreu geblieben, indem er sich sagte, daß der einheitliche Gedanke, den er verfolgte, auch eine Zusammenfassung der anscheinend heterogenen Partieen unter gemeinsamen Titel rechtfertige. Vielleicht dürfte es auch in weiteren Kreisen Billigung finden, wenn der Versuch gemacht ist, eine allgemeine Frage aus dem Reichsstrafrecht in einer monographischen Darstellung zu erörtern; ist doch die neuere strafrechtliche Litteratur an Monographieen bis jetzt nicht gerade reich.

Die Strafgesetznovelle, welche übrigens für das behandelte Thema ohne wesentliche Bedeutung ist, hat bereits an den betreffenden Stellen Berücksichtigung gefunden.

Celle, im Mai 1876.

Der Verfasser.

Inhalts-Uebersicht.

Erläuterungen.

Die bekannten Kommentare zum R. St. G. B. sind mit dem Namen der Verfasser und dem Zusatze „Kommentar" citirt worden, und zwar diejenigen von Oppenhoff und Schwarze in der dritten Auflage. Der Kommentar von Oppenhoff zum Preußischen Strafgesetzbuch ist in der fünften Auflage als „Kommentar zum Pr. St.G.B." und „Die preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen" desselben Verfassers als „Strafverfahren" citirt.

Die Lehrbücher des Deutschen Strafrechts von Berner in der sechsten, von Schütze in der zweiten Auflage und H. Meyer sind als „Lehrbücher", von Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafrechts ist als „Handbuch" und Hälschners System des preußischen Strafrechts als „System", ein jedes zugleich mit dem Namen des Autors, citirt.

Von den Zeitschriften ist Oppenhoff, Rechtsprechung des kgl. Ober-Tribunals als „Rechtsprechung", Goltdammer, Archiv des Preußischen bezw. Deutschen Strafrechts als „Goltdammer" und Stenglein's Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland als „Stenglein" citirt.

Das Justiz-Ministerial-Blatt für die Preußische Gesetzgebung und Rechtspflege ist als „J.M.Bl." abgekürzt; unter „Ober-Tribunal" ist das kgl. preußische Ober-Tribunal verstanden, endlich sind die citirten Partikular-Gesetze preußische, wenn nicht ein anderes bemerkt ist.

Vorbemerkung.

Wenn wir den Einfluß von Vorbestrafungen auf später zur Aburtheilung kommende Strafthaten zu behandeln gedenken, so beabsichtigen wir nicht die processualischen Grundsätze von der Rechtskraft der Kriminalerkenntnisse zu erörtern, sondern wir wollen im Gegentheil diejenige materielle Wirkung feststellen, welche von Vorbestrafungen ausgeübt wird auf die Aburtheilung strafbarer Handlungen, welcher diese eben wegen Nichtanwendbarkeit des Satzes „non bis in idem" noch unterliegen. Mit dem Ausdrucke „Vorbestrafungen" dürfte zugleich hinreichend die hier Platz greifende Voraussetzung angedeutet sein, daß die frühere Verurtheilung und die demnächste Aburtheilung ein und dieselbe Person betreffen. Denn obgleich nach verschiedenen Richtungen ein Einfluß eines bereits ergangenen Straferkenntnisses auf die Aburtheilung der Uebelthat eines andern Thäters denkbar ist, so glauben wir unsere Aufgabe doch in der gedachten Weise beschränken zu müssen.

Die Untersuchung wird sich zunächst in Abschnitt I und II Fragen allgemeiner Natur zuwenden, um alsdann in den Abschnitten III—V im Anschluß an die Bestimmungen des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich die aus diesem sich ergebenden besonderen Fälle zu besprechen, denen sich in Abschnitt VI ein Fall anschließt, der insofern an der Grenze unserer Aufgabe liegt, als der Grundsatz non bis in idem in gewisser Hinsicht zur Anwendung kommt. Den Schluß, Abschnitt VII, wird die Erörterung bilden, wie im strafgerichtlichem Verfahren die Feststellung der für ein zu fällendes Urtheil relevanten Vorbestrafungen zu geschehen habe.

I. Die Schuldfrage im Allgemeinen.

Indem Gneist in seinen „Vier Fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung" S. 140 bei der Konstruktion des Hauptverfahrens den Vorschlag macht, eine Verhandlung über die frühere Bestrafung des Angeklagten erst nach Erledigung der Schuldfrage in dem Schlußverfahren über die Strafmessung zuzulassen, scheint er damit gleichzeitig anzudeuten, daß den Vorbestrafungen ein Einfluß auf die Beurtheilung der Schuldfrage überhaupt nicht zukomme. Diese Ansicht ist in neuerer Zeit wiederholt vertreten worden und wird nicht selten die Frage, ob man sich „beim Angeklagten der That versehen könne," als eine unzulässige betrachtet, und der Ausdruck selbst als ein längst abgethaner angesehen. [1]) Dennoch glauben wir, daß sich aus dem Strafverfahren, auch soweit es sich nur um die Feststellung der Schuld des Angeklagten handelt, die Erörterung seines Vorlebens, wovon die seinerseits früher verübten Strafthaten nur einen Theil bilden, nicht zu verbannen sei, wenn wir auch keineswegs meinen, daß das frühere Leben eines Angeschuldigten für die Beantwortung der Schuldfrage in jedem Falle von Bedeutung sei, bezw. daß es stets gleichermaßen ins Gewicht falle. Ist z. B. der Beweis einer strafbaren Handlung in direkter Weise erbracht worden, so braucht sich der Richter der Schuldfrage um die sog. vita ante acta regelmäßig so wenig zu bekümmern, wie um das Motiv, das den Verbrecher zu seiner That trieb. Beides mag für den Kriminalpsychologen Interesse haben, für den Richter der Schuldfrage kann dieses in dem gedachten Falle nur ausnahmsweise obwalten, wie

---

[1]) Vgl. die Bemerkung v. Holtzendorff's in seinem Gutachten über die Frage: „Kann die Privatanklage in weiterem Umfange als für Beleidigungen in das Deutsche Strafverfahren eingeführt werden?" Verhandlungen des zwölften Deutschen Juristentages S. 71 und dazu beispielsweise § 398 Nr. 4 der Kriminal-Ordnung für die Preußischen Staaten vom 11. Dezember 1805.

namentlich wenn eine die freie Willensbestimmung ausschließende krankhafte Störung der Geistesthätigkeit des Angeschuldigten in Frage kommt, die ein Eingehen auf sein ganzes Leben erfordert. Ist aber der direkte Beweis nicht für völlig geführt zu erachten, weil z. B. die bei der That zugegen gewesenen Zeugen in subjektiver oder auch nur in objektiver Beziehung der vollen Glaubwürdigkeit entbehren, so gewinnt das Eingehen auf das Vorleben des Angeklagten eine ganz andere Bedeutung, als in dem ersten Falle. Dieses kann den Nachweis erbringen, daß die ihm jetzt vorgeworfene That durch frühere Handlungen ihre völlige Erklärung finde, daß jene mit seinem Charakter sich durchaus in Uebereinstimmung befinde, indem namentlich etwa Handlungen ganz ähnlicher Art von dem Angeklagten bereits wiederholt begangen wurden. So kann aus der Kenntniß des früheren Lebens des Angeklagten möglicher Weise ein Indicium gewonnen werden, das die gegen jenen vorliegenden, aber nicht völlig überzeugenden, direkten Beweise derartig verstärkt, daß der Richter nunmehr zu der Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten gelangt. Liegt endlich überhaupt nur ein indirekter oder sog. Indicienbeweis vor, so steht jeder aus dem früheren Leben des Beschuldigten entnommene Ueberführungsgrund sämmtlichen übrigen für seine Schuld geltend gemachten Momenten der Art nach völlig gleich oder wenigstens, wenn man dieses hinsichtlich der äußeren Umstände, wie z. B. des Besitzes des gestohlenen Gutes nicht zugeben will, so doch jedenfalls den inneren, psychologischen Momenten, also namentlich dem Motive. So wenig Jemand eine Erörterung hierüber wird abschneiden wollen, so wenig läßt sich ein Eingehen auf das Vorleben des Angeklagten behufs Feststellung seiner Schuld verbieten, wenn man nicht eine inkonsequente Halbheit begehen will. Ein solches Verbot würde unseres Erachtens eine principlose Beschränkung des Indicienbeweises enthalten, die ebenso gut zu Ungunsten der Vertheidigung, wie der Anklage ausschlagen kann. Indem der dem Reichstage vorgelegte, vom Bundesrathe beschlossene, Entwurf einer Strafprozeßordnung in § 205 Abs. 1 bestimmt:

„Die Verhandlung beginnt nach Aufruf der Zeugen und

Sachverständigen mit der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse."

erkennt er damit die Bedeutung der letzteren für die Entscheidung der Schuldfrage an. Mit Rücksicht darauf dürfen wir der Hoffnung Raum geben, daß auch in der zukünftigen Reichsgesetzgebung die Anschauung des Volkes, welche noch darnach fragt, ob der Angeklagte „ein Mensch sei, bei dem man sich der That versehen könne," den Sieg über eine mehr doktrinäre als praktische Ansicht davontrage.

Wie schon hervorgehoben, bildet die frühere Verübung strafbarer Handlungen Seitens des Angeklagten nur eins der Momente, welche möglicher Weise aus seinem bisherigen Leben für die Aburtheilung der neuen Strafthat in Betracht kommen können; wir behaupten aber jetzt, daß es ein Moment von ganz hervorragender Bedeutung sei, das nicht außer Acht gelassen werden darf und auf welches einzugehen der Anklagebehörde jederzeit gestattet sein muß, sobald sie dieses im Interesse der Strafverfolgung für geboten erachtet. Es erhellt freilich von selbst, daß die Thatsache des früheren Verstoßes gegen das Strafgesetz überhaupt gegen die, daß er sich schon desselben oder wenigstens eines gleichartigen Vergehens wie des zur Anklage gestellten schuldig gemacht hat, bedeutend zurückstehen muß, denn Jemandem, der wegen Beleidigung bereits verurtheilt ist, dürfte deshalb Niemand leichter einen Diebstahl zutrauen wollen, als wenn er noch gar nicht bestraft worden, wohl aber, wenn er bereits eine Unterschlagung begangen oder gestohlen hat. Es taucht sonach auch hier die Frage auf, welche Strafthaten sind als gleichartige anzusehen, eine Frage, die man bei der Aufstellung des Rückfalles als eines allgemeinen Straffschärfungsgrundes für eine kaum zu lösende erklärt hat. So führt Berner im Lehrbuch S. 280 es auf diesen Grund zurück, daß die Gesetzbücher über die Gleichartigkeit besondere Bestimmungen gegeben haben. „Die Undurchführbarkeit — des Principes der Gleichartigkeit — erkennend, forderte, wie Schütze Lehrbuch S. 177 A. 9 bemerkt, das Preußische Strafgesetzbuch in den §§ 58 ff. „dasselbe Verbrechen oder Vergehen," welchen Grundsatz

es freilich im besonderen Theile zu Gunsten beschränkter Gleichartigkeit (§§ 219. 233) wiederum verließ." Aber auch, was dasselbe Delikt sei, meint Schütze ferner, bleibe zweifelhaft, ob das gleichnamige, ob das im selben Gesetzesparagraphen normirte u. s. f. Endlich fragt auch John im Entwurf S. 308: „Was sollen wir unter Gleichartigkeit verstehen?" und schließt, nach einem Ueberblicke über die positiven Bestimmungen verschiedener Strafgesetzgebungen, S. 310: „Wir können aus diesen Anführungen ersehen, daß es bisher der Gesetzgebung nicht gelungen ist, den Begriff der Gleichartigkeit der Verbrechen so zu formuliren, daß derselbe als ein irgendwie feststehender angesehen werden könnte." Die Frage liegt bezüglich des Rückfalles aber doch etwas anders als in der uns interessirenden Beziehung. Denn wie Berner im Lehrbuche S. 280 richtig bemerkt, würde dort bei einer entsprechenden Bestimmung im Strafgesetzbuche von der bejahenden oder verneinenden Antwort auf die Frage, ob Gleichartigkeit vorliege oder nicht, das Sein oder Nichtsein des Schärfungsgrundes abhängen. Wenn aber nach der Gleichartigkeit früherer Strafthaten mit einem jetzt zur Anklage gestellten gefragt wird, so kommt es nicht — wie dort — auf eine haarscharfe Definition der „Gleichartigkeit" an, sondern vielmehr auf die Ziehung allgemeiner Grundlinien, mittelst welcher eine Direktion für das Urtheil darüber gegeben werde, ob demjenigen, der die früheren Thaten verübt, nach seinem sich aus diesen ergebenden Charakter auch das noch abzuurtheilende Vergehen zugetraut werden könne. Diese Grundlinien zu ziehen, ist aber nicht mit besonderen, geschweige denn mit unlösbaren Schwierigkeiten verknüpft.

Zunächst sondern sich fahrlässige und vorsätzliche Vergehen für uns völlig von einander; denn es ist an sich klar, daß für eine auf eine vorsätzlich begangene Strafthat begründete Anklage nur ein früheres vorsätzliches Vergehen von Interesse sein kann, gleich wie, wenn der Angeklagte früher strafbare fahrlässige Handlungen begangen, diese einen Anhaltspunkt nur für die Aburtheilung einer neuen fahrlässigen Handlung geben können.

Was vorerst die strafbare Fahrlässigkeit anbetrifft, so besteht

dieselbe zwar immer in der Herbeiführung eines unbeabsichtigten, verletzenden Erfolges durch einen vermeidlichen und kriminell zu vertretenden Irrthum, doch läßt sich bei der Fahrlässigkeit noch die Frevelhaftigkeit und die Unvorsichtigkeit unterscheiden, indem bei jener das Bewußtsein der Möglichkeit des im Uebrigen nicht beabsichtigten Erfolges obwaltet, bei dieser dagegen nicht. Sonst unterscheiden sich die strafbaren fahrlässigen Handlungen nur noch hinsichtlich des Objekts, an dem sie begangen werden: so richtet sich die Fahrlässigkeit in den Fällen der §§ 222, 230 und 345 St. G. B's. (Tödtung, Körperverletzung, Strafvollstreckung) gegen einzelne Personen, in den Fällen der §§ 309, 314, 316, 318 und 326 St.G.B's. (Brandstiftung, Ueberschwemmung, Gefährdung eines Eisenbahntransports, Betriebsstörung einer öffentlichen Telegraphenanstalt, Zerstörung von Wasserleitungen u. s. w.) gegen Sachen, bzw. gegen einen Kreis von Personen, in den Fällen der §§ 121, 347, 163 und 329 St. G. B's. (Entweichenlassen eines Gefangenen, speciell durch einen Beamten, Meineid, Nichtinnehaltung von Lieferungsverträgen für das Heer) gegen die staatliche Ordnung. Wenn auch bei einer Anzahl dieser strafbaren Handlungen das Eingehen auf frühere Strafthaten desselben Angeklagten augenscheinlich durchaus überflüssig, und hinsichtlich dieser die uns vorliegende Frage wenigstens ohne praktische Bedeutung ist, so kann dieselbe eine solche doch bei einzelnen Delikten, namentlich der fahrlässigen Tödtung und Körperverletzung, sowie bei der fahrlässigen Brandstiftung, allenfalls auch bei dem Vergehen gegen § 347 St. G. B's. gewinnen. Ist z. B. das Feuer, welches ein Stallgebäude verzehrte, nach dem Beweisergebnisse entschieden nicht vorsätzlich angelegt, sondern fahrlässiger Weise verursacht worden, und ist ferner nur zwischen zwei Personen, die das Gebäude kurz vor Ausbruch des Brandes einzeln betreten haben, als Thätern die Wahl, so sind Erwägungen der Art, wer von jenen sich wohl seiner Persönlichkeit nach die Fahrlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen, wer insbesondere früher in ähnlicher strafbarer Weise fahrlässig gewesen, recht wohl am Platze. Ein in Folge derselben dahin gewonnenes Resultat, daß der eine

von beiden sich stets als ein besonders vorsichtiger Mensch bewiesen hat, während der andere schon wiederholt mit Licht unvorsichtig umgegangen, kann für die Erhebung der Anklage gegen letzteren und seine demnächstige Verurtheilung entscheidend sein. Hier kann auch in Betracht kommen, ob seine frühere Fahrlässigkeit den Charakter der Frevelhaftigkeit trug oder nicht.

Eine viel weiter gehende Sonderung läßt sich bei den vorsätzlichen Vergehen treffen, womit zusammenhängt, daß sich gewisse Kategorien derselben als mehr oder minder gleichartige bezeichnen lassen. Die vorsätzlichen Strafthaten unterscheiden sich durch das Motiv für ihre Begehung und die davon regelmäßig abhängende ehrlose oder nicht ehrlose Gesinnung des Thäters, ferner durch die sich in den beiden Hauptformen der Gewalt und der Täuschung bethätigende Art der Ausführung, endlich in mannigfacherer Weise als bei den Fahrlässigkeitsdelikten durch das Objekt, an welchem sie begangen werden, sei es an der Verfassung oder sonstigen Einrichtungen des Staates, sei es am Leben, am Leibe, an der Ehre oder dem Vermögen des Privatmannes. Es braucht übrigens selbst bei derselben strafbaren Handlung nicht nothwendig stets eine Uebereinstimmung in allen drei Richtungen vorhanden zu sein, namentlich nicht hinsichtlich des Motives; dieses kann z. B. beim Diebstahle, während Objekt — eine fremde bewegliche Sache — und Mittel — die sich in der Wegnahme aus fremder Gewahrsam darstellende Gewalt — dieselben sein müssen, zwischen reiner Habsucht und wahrer Noth divergiren. Liegt auch in diesem letzterem Falle, wenn nicht alle Bedingungen des Nothstandes nach § 54 St. G. B's. zusammentreffen, ein Diebstahl vor, so kann doch bei ihm nicht von einer ehrlosen Gesinnung des Thäters, wie in jenem, die Rede sein. (Vgl. Meyer Lehrbuch S. 12.)

Wo nur eine der bezeichneten Richtungen sich wiederfindet, wie bei einer aus Uebermuth vorgenommenen Sachbeschädigung und einem aus gemeiner Gewinnsucht verübten Betruge bezüglich des Objekts — gegen das Vermögen eines Dritten — oder bei einem zur Wiederherstellung verletzter Ehre unternommenem Duelle und einem von einem professionellem Diebe verübtem Einbruche

bezüglich der Art der Ausführung — durch Gewalt — oder endlich bei einem aus Rache ausgeführtem Morde und einer Urkundenfälschung in gewinnsüchtiger Absicht hinsichtlich der Gesinnung — aus Ehrlosigkeit, — wird die frühere That des Angeklagten in keiner Weise als Indicium für seine jetzige Thäterschaft verwerthet werden können. Anders aber wenn nur eine oder die andere Richtung auseinander fällt, oder gar sämmtliche Richtungen übereinstimmen. Hier wird jenes möglich sein, selbst wenn die zu vergleichenden Handlungen unter ganz verschiedene Strafbestimmungen fallen, so z. B. bei einer aus Rachsucht verübten Mißhandlung (§ 223 St.G.B. im Thl. I Abschn. 17) und einer aus gleichem Motive ausgeführten Sachbeschädigung (§ 303 daselbst Abschn. 26), wo nur das Objekt differirt, indem sich die strafbare Handlung hier gegen eine Person, dort gegen eine Sache wendet. Die nur hinsichtlich der angewandten Mittel von einander abweichenden Delikte gegen § 177 St.G.B. (Nothzucht) und gegen § 182 das. (Verleitung eines unbescholtenen, noch nicht sechszehnjährigen Mädchens zum Beischlafe) stehen dagegen auch im Strafgesetzbuche in demselben Abschnitte (Theil I Abschn. 13 Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit). Soll es in diesen und ähnlichen Fällen oder gar dann, wenn ganz gleichartige Strafthaten vorliegen, wie z. B. Diebstähle, von denen die früher vom Angeklagten begangenen so gut wie der jetzt gegen ihn noch zu verhandelnde aus offenbarer Gewinnsucht verübt sind, nicht erlaubt sein, den daraus erhellenden Umstand, daß der Angeklagte ein Mensch sei, bei dem man sich der That versehen könne, zu seiner Belastung und zur Verstärkung anderer Ueberführungsmomente mit heranzuziehen? Es hieße der Logik nicht minder, wie der Erfahrung ins Gesicht schlagen, wenn man ein sich aus früheren Uebelthaten des Angeschuldigten ergebendes Indicium aus der Reihe der zulässigen Beweismittel streichen wollte.

Der eben angedeutete Schluß, welcher in manchen Fällen schon gerechtfertigt sein wird, wenn nur eine in dem entwickelten Sinne gleichartige frühere Strafthat vorliegt, kann mit um so größerer Berechtigung gezogen werden, je größer die Anzahl derartiger

Strafthaten ist. Es bedarf dies keiner weiteren Ausführung, aber es ist hier am Orte darauf hinzuweisen, daß nicht nur beim Diebstahle und den übrigen Vergehen, bei welchen das Strafgesetzbuch den Rückfall mit Strafschärfung bedroht hat, „weil — nach den Motiven zu § 232 des Entwurfs II (§ 244 St.G.B.) — erfahrungsmäßig bei diesen strafbaren Handlungen die Wiederholung auf einer eingewurzelten Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigenthum beruht", sondern auch, ganz abgesehen von den sog. gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikten, bei manchen andern, wie die Praxis zeigt, eine häufige, fast gewohnheitsmäßige, Wiederkehr beobachtet wird. Dem professionsmäßigen Diebe steht in dieser Beziehung besonders der Raufbold am nächsten, der bei den von ihm begangenen Verstößen gegen das Strafgesetz einer eben so eingewurzelten Neigung fröhnt, wie jener. Nicht selten weist das Strafverzeichniß eines Angeklagten eine lange Reihe von Vorbestrafungen auf, die wegen gewaltthätiger Delikte, wie wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt, Körperverletzung, Hausfriedensbruches, sei es allein oder in Abwechselung mit einander erfolgt waren. Aber auch „die eingewurzelte Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigenthum" sucht manchmal, sich in anderer Weise zu bethätigen, als durch Begehung derjenigen strafbaren Handlungen, bei welchen nach dem St.G.B. für den Rückfall eine Strafschärfung eintritt. So sind selbst Fälle häufig wiederholter Unterschlagungen nicht unerhört, und ereignete sich beispielsweise in der Praxis der Fall, daß ein wegen Unterschlagung eines ihm zur Reparatur anvertrauten Kleidungsstückes angeklagter Schneider bereits vielfach wegen desselben Vergehens bestraft war; eine andere Person unterschlug durch Verkauf und Verpfändung professionsmäßig Betten, die sie, ohne sich falscher Vorspiegelungen zu bedienen, entliehen hatte; eine dritte betrieb ein gleiches Geschäft mit musikalischen Instrumenten. Es soll hierdurch, wie durch die gesammten bezüglichen Ausführungen, nur dargethan werden, daß sich die Erscheinung der häufigen Wiederholung bei vielen gleichen oder wenigstens gleichartigen Delikten nicht selten zeigt, bei einzelnen strafbaren Handlungen, wie namentlich beim

Diebstahl, freilich mehr als bei andern. Es ist dieses für den Umfang wichtig, in welchem in den Fällen der Praxis aus früheren und namentlich wiederholt begangenen Strafthaten ein Schluß für die Schuldfrage gezogen werden kann.

Nicht nur die Mehrzahl früher begangener mehr oder minder gleichartiger Strafthaten verstärkt übrigens das gegen den jetzigen Angeklagten aus seiner Persönlichkeit entnommene Indicium, sondern namentlich auch die Aehnlichkeit der Begehung der früheren strafbaren Handlungen mit der jetzt der Aburtheilung unterliegenden. Derartige Aehnlichkeiten finden sich vorzugsweise hinsichtlich des speciellen Gegenstandes, auf welchen sich die verbrecherische Thätigkeit richtet, und hinsichtlich der Methode der Ausführung derselben. So lehrt in erster Beziehung die Erfahrung, daß einzelne Diebe sich nicht selten in der häufigsten Wiederholung auf das Stehlen von bestimmten Gegenständen legen, von denen beispielsweise — in Anlehnung an praktische Fälle — Uhren, Schmuckgegenstände, Thürgriffe, Handwerkzeug, das in Neubauten aufbewahrt wurde, Bretter, Kartoffeln, Getreide genannt werden mögen, von geschlagenem Holze ganz zu schweigen. Was ferner die Art der Ausführung anbetrifft, so gleicht sich diese häufig nicht nur insofern, als Einzelne professionell Taschendiebstähle, Andere Einbrüche verüben, sondern oft sogar in ganz speciellen durch zurückgelassene Spuren erkennbaren Einzelheiten, die theils durch die angewandten Instrumente bedingt sind, wie z. B. bei dem Durchschneiden von Uhrketten oder dem Sprengen von Glasscheiben, theils die Folgen gewisser Gewohnheiten des Thäters sind, beispielsweise bei der Beseitigung der Spuren des Verbrechens. Steht nun fest, daß der Anklagte früher wiederholt ein Delikt, z. B. einen Einbruch in derselben Art ausgeführt hat, wie er auch jetzt wieder von ihm verübt sein soll, so wird das daraus für die Schuldfrage zu entnehmende und vielleicht die übrigen an sich nicht hinreichenden Belastungen bis zur Ueberzeugung verstärkende Moment nimmermehr unberücksichtigt bleiben können, und zwar — wie wir oben dargelegt zu haben meinen — so wenig vom rein theoretischen, wie vom praktischen Standpunkte.

Kann übrigens das in Rede stehende Indicium bei allen Delikten an sich dann verwerthet werden, wenn es sich darum handelt, ob dem Angeklagten in moralischer Beziehung die Begehung der ihm vorgeworfenen strafbaren Handlung zugetraut werden könne, so gewinnt dasselbe seine wahre praktische Bedeutung namentlich bei denjenigen strafbaren Handlungen, bei welchen ihrer Natur nach meist die Person des Thäters zweifelhaft ist, namentlich also beim Diebstahle. Bei der Unterschlagung kommt dagegen, wenigstens insofern vorher ein Anvertrauen stattgefunden hat, die Person des Thäters seltener in Frage und wird hier das Hauptgewicht bei der Erörterung der Schuldfrage mehr in der Feststellung liegen, ob dem Angeklagten die That moralisch zuzutrauen oder ob seinen Ausreden, etwa daß er die ihm anvertraute Sache verloren habe, Glauben zu schenken sei; der oben S. 9 erwähnte Fall wiederholter Unterschlagungen illustrirt die Wirkung der Konstatirung der früheren Strafthaten in der gedachten Richtung. Wie aber unter Umständen auch bei der Unterschlagung, so kann gleichfalls bei anderen Delikten, wie Körperverletzung oder Widerstand gegen die Staatsgewalt, bei welchen regelmäßig zwar die Untersuchung sich nicht vorwiegend mit der Feststellung der Person des Thäters beschäftigt, dieses doch ausnahmsweise auch hier der Fall sein und so in dieser Richtung von Bedeutung werden, daß der Angeklagte sich früher als Raufbold hervorgethan.

Bei unserer bisherigen Deduktion gingen wir davon aus, daß der Angeklagte früher gewisse Strafthaten begangen habe, und handelten somit von dem Einflusse feststehender früherer strafbarer Handlungen auf eine noch abzuurtheilende Strafthat, während unsere Aufgabe dahin geht, den Einfluß von Vorbestrafungen festzustellen. Diese sind aber jenen nicht gleich zu achten und deshalb kann, was von dem Einflusse jener galt, nicht ohne Weiteres auch für diese maßgebend sein. Ueber diese Verschiedenheit in strafprocessualischer Hinsicht kann ein Zweifel nicht wohl obwalten, denn, wenn auch die Redaktoren des Preußischen St.G.B's. bei der im Jahre 1845 unternommenen Revision des Entwurfs von 1843 für die

Rückfallsschärfung eine rechtskräftige Verurtheilung durch einen preußischen Gerichtshof mit dem Bemerken forderten, daß man dem inländischem Richter bei seinem Urtheil über den Rückfall mindestens die Befugniß abermaliger Prüfung des ausländischen Urtheils einräumen müsse, daß diese aber weder leicht ausführbar sei noch immer zu sicheren Resultaten führe,[2]) so kann doch nach den im modernen Strafprocesse geltenden Regeln bezw. Grundsätzen über den Beweis nicht davon die Rede sein, daß eine vorliegende Vorbestrafung, auch wenn sie im Inlande ergangen sein sollte, den Beweis für die frühere Verübung der betreffenden strafbaren Handlung selbst zu ersetzen im Stande sei. Nichts mehr und nichts weniger folgt aus dem Nachweise einer Vorbestrafung, als daß der früher urtheilende Strafrichter die Ueberzeugung von der Schuld des damaligen Angeklagten erlangt und demzufolge die Verurtheilung ausgesprochen habe. Der frühere Richter hat sich aber irren können und so folgt für das neue Verfahren, aus der Vorbestrafung für die wirkliche Begehung der That anscheinend nichts. Die Beweisaufnahme über jede in dem jetzigen Verfahren für erheblich erachtete That kann nur nach den Beweisgrundsätzen des Strafprocesses geschehen. Ist nun auch einerseits ein Indicienbeweis etwas durchaus zulässiges, andererseits die Zahl der ungerechten Verurtheilungen nur eine verschwindend kleine, so daß man im Allgemeinen wohl annehmen kann, daß der wegen einer Strafthat Verurtheilte dieselbe auch begangen habe, so ist doch die Verurtheilung im einzelnen Falle als ein Indicium für die wirkliche Begehung der Strafthat nicht anzusehen, denn das gefällte Urtheil ist nur das aus dem Inbegriffe der geführten Verhandlung und der in derselben vorgeführten Beweismittel hervorgegangene Produkt, das nicht selbst wieder geeignet ist als Beweismittel zu dienen; ein solcher Rückschluß würde unlogisch sein. So scheinen denn die bloßen Vorbestrafungen in der That ungeeignet, für die Lösung der Frage, ob

---

[2]) Vergl. Goltdammer: Die Materialien zum St.G.B. für die Preuß. Staaten, Thl. I S. 465.

man sich beim Angeklagten der That versehen könne, überhaupt verwandt zu werden, und der Vorschlag **Gneist's** (Vier Fragen S. 140), die früheren Bestrafungen erst nach Bejahung der Schuldfrage in dem Schlußverfahren über die Strafzumessung zur Sprache zu bringen, scheint ohne Schaden für die Lösung der Schuldfrage acceptirt werden zu können. Praktisch würden dann aber auch die früheren strafbaren Handlungen selbst, als ein nach unsern obigen Ausführungen zu verwerthendes Indicium für die Thäterschaft des Angeklagten bezüglich der noch abzuurtheilenden strafbaren Handlung wegfallen, denn es ist praktisch regelmäßig undurchführbar, dem erkennenden Richter nicht nur den Nachweis der jetzt unter Anklage gestellten Strafthat, sondern auch der früheren bereits abgeurtheilten zu erbringen. Von allen übrigen auf der Hand liegenden Gründen abgesehen, würde dem allein schon der Kostenpunkt entgegen stehen. Trotzdem aber nehmen wir eine gewisse Bedeutung der Vorbestrafungen für den in Rede stehenden Zweck der Lösung der Schuldfrage in Anspruch. Dieselbe kann jedoch nur darauf basirt werden, daß der frühere Richter in den damals abzuurtheilenden Fällen die Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten gewonnen, daß er ihn damals der That für fähig gehalten hat. Diese die Persönlichkeit des Angeklagten betreffende Ueberzeugung des früheren Richters kann auch für den gegenwärtigen Richter der Schuldfrage insofern Werth haben, als sein an sich vielleicht noch schwankendes Urtheil dadurch Festigkeit gewinnt, daß dem Angeklagten früher bereits ähnliche strafbare Handlungen zugetraut wurden.[3]) Was früher hinsichtlich der Strafthaten selbst und ihres, von ihrer Anzahl und ihrer Gleichheit mit den abzuurtheilenden abhängenden, Werthes für die Beurtheilung der Schuldfrage ausgeführt wurde, das gilt in der an-

---

[3]) Nur wenn sie in diesem Sinne gemeint ist, kann die Ausführung des Ober-Tribunals in der Entscheidung vom 1. Dezember 1871 (Rechtsprechung B. 12 S. 602): „Auf Grund dieser Momente und in Anbetracht, daß der Angeklagte bereits wegen Diebstahls nach dem Forstgesetz bestraft ist, konnte der Appellationsrichter, wie er gethan, zu der Feststellung der Gewerbsmäßigkeit des unberechtigten Jagens gelangen" Billigung finden.

gedeuteten Beschränkung auch von den bloßen Vorbestrafungen. Je mehr frühere Verurtheilungen vorliegen und je gleichartiger die ihnen zu Grunde liegenden Delikte dem jetzt abzuurtheilenden, sei es in den oben hervorgehobenen drei Richtungen, sei es in der speciellen Art der Ausführung waren, desto leichter wird sich in dem jetzigen Richter das Urtheil über den Angeklagten dahin befestigen dürfen, daß man sich bei ihm der That versehen könne. Bestimmt sich in dieser Weise die Wirkung der Vorbestrafungen für die Aburtheilung der Schuldfrage, so muß allerdings zugegeben werden, daß dieselbe ungleich geringer ist, als die der früheren strafbaren Handlungen selbst. Es erscheint aber an sich eine Verstärkung jener nicht ausgeschlossen, z. B. dadurch, daß einzelne Momente der früheren Strafthat selbst durch eine dazu geeignete Beweisaufnahme festgestellt werden. Wenn beispielsweise der Angeklagte die frühere Strafthat nicht in vollem Umfange einräumt, wohl aber einzelne dabei zur Sprache gekommene Umstände zugesteht, so kann dieses das Gewicht der ausgesprochenen Verurtheilung noch verstärken. Derartige specielle Beweisaufnahmen, ev. auch durch Zeugenvernehmung oder in anderer Weise, über einzelne Momente der früheren Strafthat werden sich übrigens häufiger ermöglichen lassen, als Beweisaufnahmen über den gesammten Umfang der fraglichen strafbaren Handlung.

II. Die Straffrage im Allgemeinen.

Die aufeinanderfolgende Begehung mehrerer strafbarer Handlungen durch denselben Thäter begründet für eine jede der in der Reihenfolge späteren keine größere Strafwürdigkeit, als wenn der Thäter nur diese eine verübt hätte. Zwar wird sich der in der wiederholten Begehung von Verbrechen bethätigende „Hang" zum Bösen niemals, wie Schütze Lehrbuch S. 178 A. 11 meint, „füglich auch als Milderungsgrund verwerthen" lassen, aber es tritt dem an sich erschwerend ins Gewicht fallenden Hange andererseits mildernd der Umstand gegenüber, daß der Thäter durch das

Ruhen der strafenden Gerechtigkeit ihm gegenüber angespornt wird, auf der verbrecherischen Laufbahn fortzufahren, indem er hoffen darf, auch für die Zukunft der im Gesetze angedrohten Strafe zu entgehen. Man wird sogar diesen Milderungsgrund in Verbindung mit der intensiveren Wirkung einer längeren Freiheitsstrafe gegenüber mehreren kürzeren ihrer Gesammtdauer nach gleichen Strafen für überwiegend halten können und dieses thut das St.G.B., wenn es im § 74 bestimmt:

„Gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbstständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen, oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, ist auf eine Gesammtstrafe zu erkennen, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. . . . .

Das Maaß der Gesammtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen."

Erst die wiederholte Begehung neuer Verbrechen nach der Verurtheilung wegen früher verübter und namentlich nach der Verbüßung der erkannten Strafen erscheint an sich strafwürdiger, als die Begehung desselben Verbrechens als erste Strafthat; fast allgemein wird jedoch für die erhöhte Strafbarkeit noch das weitere Erforderniß aufgestellt, daß das spätere Delikt mit dem früheren wenigstens gleichartig sei. Kann man auch nicht leugnen, daß selbst da, wo diese Gleichartigkeit fehlt, wenigstens von einer hartnäckigeren Neigung zum Bösen im Allgemeinen gesprochen werden kann, so sind doch an das Vorliegen eines solchen Rückfalles im weitesten Sinne praktische Konsequenzen durchgängig nicht geknüpft. [4]) Was aber den Rückfall in dem oben angedeuteten engeren Sinne anbetrifft, so hat zwar in neuerer Zeit Merkel in dem Aufsatze: Die Strafanwendung durch den Richter (Nr. XII in Holtzendorff's Handbuch Bd. 2 S. 560) bestritten, daß derselbe das Aufsteigen zu einer schwereren Strafe rechtfertige, indem es sich dabei um eine Eigenschaft des Thäters, nicht der That handle, persönliche

[4]) Vgl. Berner Lehrbuch S. 280.

Eigenschaften aber nicht bestraft würden, indem sie weder Delikte noch Erschwerungsgründe solcher seien. Nur soweit es sich darum handle, die verwirkte Strafe den Zwecken der Prävention und Besserung entsprechend zu gestalten, soll nach Merkel der durch den Rückfall beglaubigten Eigenschaft der „besonderen Hartnäckigkeit" des Verbrechers ein maßgebender Einfluß eingeräumt werden. Wir können diese Ausführung jedoch nicht für stichhaltig erachten, meinen vielmehr, daß es sich um eine durch die Strafthat von selbst mit in die Aeußerlichkeit getretene Eigenschaft des Verbrechers handle, die deshalb bei der Strafabmessung mit zu berücksichtigen ist, indem diese die That in ihrer Gesammtheit aufzufassen hat und somit die inneren Momente nicht ignoriren kann, sobald diese sich nur in dem Verbrechen manifestirt haben. Mit der gemeinen Ansicht wird deshalb daran festzuhalten sein, daß der Rückfall ein die Verhängung einer höheren Strafe rechtfertigendes Moment sei.

Von den vielen Zweifeln, die im Uebrigen beim Rückfalle obwalten,[5]) interessirt hier zunächst, ob derselbe als bloßer, innerhalb des für das betreffende Delikt gegebenen Strafrahmens in Betracht kommender Strafzumessungsgrund oder als ein, eine besondere Strafbestimmung erfordernder, Straffschärfungsgrund zu berücksichtigen sei; wie auf der einen Seite Berner (Lehrbuch S. 281) dieses letztere wenigstens für gleiche Verbrechen mit mathematischer Nothwendigkeit beweisen zu können glaubt, so erachtet andererseits Schütze (Lehrbuch S. 178, bes. A. 11 u. 16) die Rückfallschärfung, die durch keinen Grund zu rechtfertigen sei, in den letzten Zügen liegend und verlangt die Wiedereinsetzung des Rückfalles als bloßen Strafzumessungsgrundes, während nach Meyer (Lehrbuch S. 312) die Frage überhaupt nicht theoretisch, sondern nur nach praktischer Abschätzung Seitens des Gesetzgebers beantwortet werden kann. Hierbei wird aber unseres Erachtens ein wesentlicher Punkt ganz übersehen, ein Umstand nämlich, der bedingt, daß der Richter den Rückfall als bloßen Strafzu-

---

[5]) Vgl. Berner Lehrbuch S. 280 f., Schütze Lehrbuch S. 176 ff.

messungsgrund regelmäßig gar nicht berücksichtigen kann. Es kommt hier, wie im vorigen Abschnitte, der Unterschied einer Vorbestrafung von der früher verübten Strafthat selbst in Betracht. Die höhere Strafbarkeit des Rückfalles an sich beruht auf der wiederholten Begehung mindestens gleichartiger Strafthaten nach erfolgter Bestrafung wegen der in der Reihenfolge früher verübten. Von einem größeren, eine höhere Bestrafung nach sich ziehenden, verbrecherischen Hange kann sonach nicht schon beim bloßen Vorliegen von Vorbestrafungen gesprochen werden, sondern nur dann, wenn zugleich die frühere Begehung strafbarer Handlungen wirklich feststeht. Der Richter der Straffrage muß sich, wenn er den Rückfall als Strafzumessungsgrund berücksichtigen will, nach den allgemeinen Regeln des Strafprocesses selbst die Ueberzeugung von dem Vorliegen der früher verübten Strafthaten verschaffen, eine Prüfung, die, auch wenn es sich um frühere im Inlande verübte Verbrechen handelt, „weder leicht ausführbar sein, noch immer zu sicheren Resultaten führen dürfte" (oben S. 12 u. 14). So wird man, wenn man nicht der Meinung ist, daß der Rückfall bei der Abmessung der Strafe ganz außer Acht zu lassen, mit Nothwendigkeit darauf geführt, daß er als Strafschärfungsgrund zu statuiren sei. Den Schluß nämlich, daß der wegen eines Verbrechens rechtskräftig Verurtheilte dasselbe auch wirklich begangen habe, den der Richter im einzelnen Falle zu ziehen nicht berechtigt ist, darf der Gesetzgeber recht wohl machen. Indem unter tausend Verurtheilungen die Zahl der materiell unrichtigen eine verschwindend kleine ist, darf er auf praktischen Erwägungen fußend von dem Grundsatze ausgehen, daß eine — in dem von ihm beherrschten Geltungsgebiete, d. h. im Inlande, gefällte — Verurtheilung die nochmalige Prüfung nach dem Vorhandensein des betr. Deliktes selbst entbehrlich mache, somit die Vorbestrafung der Thatsache der Begehung einer Strafthat selbst gleichstellen. Nimmt der, durch die Beweisgrundsätze des Strafprocesses nicht behinderte, Gesetzgeber diesen Standpunkt ein, indem er einerseits eine Steigerung der Strafbarkeit des Rückfalles bezweckt, und andererseits einsieht, daß der eben an jene Grundsätze gebundene

Richter denselben als Strafzumessungsgrund von selbst nicht berücksichtigen könne, so bleibt ihm beim Mangel einer andern Art der Einwirkung auf die Strafzumessung nur die ausdrückliche Strafschärfung. In welcher Weise diese aber zu geschehen habe, kann allerdings wiederum zweifelhaft sein. Eine Strafschärfung ist an sich denkbar dadurch, daß eine der Art nach schwerere Strafe angedroht wird, z. B. statt Gefängniß Zuchthausstrafe, oder daß ein höheres Strafmaximum, oder endlich daß ein Strafminimum bzw. ein höheres gesetzt werde. Während die durch Bestimmung eines Strafminimums herbeigeführte Strafschärfung ihrer Natur nach eine gebotene, die durch Bestimmung eines Maximums aber eine lediglich gestattete sein muß, kann sie im ersten der drei obigen Fälle entweder das eine oder das andere sein. Während das St.G.B. die Strafschärfung in den einzelnen Fällen, wo es dieselbe kennt, unbedingt vorschreibt, so wird doch gerade diese „obligatorische Anordnung" getadelt, und zwar nicht blos von den principiellen Gegnern der Rückfallschärfung, wie Schütze, (Lehrbuch S. 178 A. 16) und Merkel (Holtzendorff's Handbuch B. 2 S. 560), sondern auch von Berner (Lehrbuch S. 282). Merkel führt an, daß der aus dem Nichterfolge einer Bestrafung gezogene Schluß auf die besondere Hartnäckigkeit des Verbrechers in seiner Unbedingtheit ein irriger sei, während Berner geltend macht, daß der Einfluß der Rückfälligkeit auf die Steigerung der Strafbarkeit durch die Geringfügigkeit des Straffalles sowie überhaupt durch vorhandene Strafminderungsgründe kompensirt werden könne. Diese Gründe erscheinen jedoch nicht durchgreifend. Wir meinen vielmehr, daß, wie der Gesetzgeber dazu gelangen kann, gewisse Delikte wegen der ihnen innewohnenden Strafwürdigkeit unbedingt mit der schweren Freiheitsstrafe des Zuchthauses zu bedrohen oder für dieselben ein gewisses Strafminimum festzusetzen, er mit demselben Rechte bei andern, an sich nicht so hart bestraften, Delikten wegen des hinzutretenden besonders strafwürdigen Momentes der Rückfälligkeit eine derartige Schärfung unbedingt eintreten lassen kann. Gegen den Vorwurf der übereilten Annahme einer besonderen verbrecherischen Hartnäckigkeit wird der Gesetzgeber sich bei einzelnen De-

likten dadurch schützen können, daß er die Strafschärfung erst beim wiederholten Rückfalle vorschreibt. Erscheint hiernach die Forderung, daß die Strafschärfung nur gestattet, nicht geboten sein dürfe, unbegründet, so ist auch die Aufstellung eines Strafminimums als geeignetes Mittel zur Herbeiführung derselben an sich nicht zu verwerfen.

Was die ferner sich aufdrängende Frage anbetrifft, ob die Strafschärfung für den Rückfall durch eine Vorschrift allgemeinen Charakters oder bei den einzelnen Delikten besonders anzuordnen sei, so gehen wir zunächst von der heut zu Tage wohl allseitig gebilligten Ansicht aus, daß eine generelle Vorschrift, welche auf die Gleichartigkeit der betreffenden Delikte rücksichtigte, an der Schwierigkeit scheitern muß, eine gehörig bestimmte Definition des Begriffes der Gleichartigkeit aufzustellen. Eine solche ist aber hier erforderlich, da das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Gleichartigkeit die Anwendung eines verschiedenen Strafgesetzes nach sich ziehen würde. Dem richterlichen Ermessen bleibt hier kein Spielraum und deshalb unterscheidet sich dieser Fall von dem oben Absch. I, S. 5 besprochenen. Diese Schwierigkeit schwindet, wenn man den Begriff des Rückfalles auf die wiederholte Begehung gleicher Verbrechen beschränkt. Allein eine solche Beschränkung ist nicht durchweg gerechtfertigt und würden, wie es auch schon im Preuß. St.G.B. der Fall war, neben die allgemeine Bestimmung noch besondere zu treten haben, welche die Gleichartigkeit berücksichtigen. Unter diesen Umständen und da außerdem bei einer großen Reihe von Delikten wohl kein Bedürfniß obwaltet, für den Rückfall schärfende Strafbestimmungen zu treffen, erscheint es gerechtfertigt, wenn das St.G.B. von der Aufstellung einer allgemeinen derartigen Vorschrift Abstand nahm und nur bei einzelnen Delikten den ersten oder wiederholten Rückfall mit schwereren Strafen als die erste Verübung des betreffenden Verbrechens bedrohte.[6]) Können wir deshalb das St.G.B.

[6]) Vgl. über die hierfür maßgebend gewesenen Gründe, die allerdings von der im Texte versuchten Rechtfertigung sehr abweichen, die Ausführung der Motive des Entw. I „Vom Rückfalle" S. 110 f.

nicht, wie Berner Lehrbuch S. 285, wegen dieser Beschränkung der Rückfallstheorie auf einzelne Fälle tadeln, so fragt es sich doch, ob die statuirten Fälle genügen, sowie ob die allgemeinen Voraussetzungen der Straffchärfungen wegen Rückfalles und die in den einzelnen Fällen zur Anwendung gebrachte Art derselben die richtigen seien.

Das St.G.B. hat, abgesehen von der Bestimmung der §§ 362 u. 361 Nr. 4, den ersten Rückfall beim Raube und den ihm hinsichtlich der Bestrafung gleich gestellten Verbrechen (§§ 250, 252 u. 255), den wiederholten Rückfall bei dem Diebstahl, der Hehlerei und dem Betruge (§§ 244, 261 u. 264) „mit schwereren Strafen als die erste Verübung des betreffenden Verbrechens oder Vergehens bedroht, weil erfahrungsgemäß bei diesen strafbaren Handlungen die Wiederholung auf einer eingewurzelten Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigenthum beruht" (Motive zu § 239 des Entw. II). Allein wir haben schon oben, Absch. I. S. 9 ff. hervorgehoben, daß es nicht blos diese auf die Aneignung fremden Eigenthums gerichteten Delikte sind, bei welchen sich nicht selten eine Neigung zur Wiederholung findet. Wir haben namentlich Strafthaten gewaltthätigen Charakters, wie Widerstand gegen die Staatsgewalt, Hausfriedensbruch und Körperverletzung als solche hervorgehoben, die in häufigster Wiederholung begangen werden. Den bereits genannten Delikten können außerdem noch Beleidigungen hinzugefügt werden — man denke nur an die zahlreichen Beleidigungen, die sich nicht selten eine und dieselbe Person gegen Behörden und namentlich Exekutivbeamte fortwährend erlaubt, — dann aber auch Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit; denn nicht blos die Kuppelei, und zwar besonders die gewohnheitsmäßige, wird von Personen, die ihr früheres Leben zu anderem Lebensunterhalte unfähig gemacht hat, häufig im Rückfalle betrieben, sondern auch Delinquenten gegen die §§ 174, 176 und 177 St.G.B's werden nicht selten rückfällig, wenn auch die Strafregister die Wiederholungen dieser Verbrechen nicht so häufig anzeigen, wie bei den übrigen der gedachten Strafthaten. Diese der Praxis entnommenen Beobachtungen könnten schon an sich dazu führen, bei den erwähnten Delikten eine Straffchärfung

wegen Rückfalles sei es in das gleiche, oder in ein gleichartiges Delikt eintreten zu lassen. Nun ergeben aber die Statistischen Mittheilungen über die Geschäftsverwaltung der Justizbehörden in den alten acht preußischen Provinzen in den Jahren 1873 und 1874 (J. M. Bl. von 1874 S. 358 ff. und von 1875 S. 273 ff.), welche auch die beiden Vorjahre 1872 und 1871, also die Zeit seit dem Inkrafttreten des St. G. B's für den Norddeutschen Bund, berücksichtigen, daß gerade die Zahl derjenigen im Jahre 1874 neu eingeleiteten Untersuchungen, welche die in Rede stehenden Strafthaten betreffen, sich gegen das Jahr 1871 erheblich vermehrt hat. Es ergiebt in dieser Beziehung der mit „III bzw. IV Untersuchungssachen" überschriebene Theil der Mittheilungen, über die neu eingeleiteten Untersuchungen unter Abrundung der Zahlen Folgendes:

	1874.	1871.	Die Vermehrung betrug also:
1) Widerstand gegen die Staatsgewalt .	5,910	3,910	2,000
2) Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung	11,720	6,680	5,040
3) Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit	1,620	1,070	550
4) Verletzung der Ehre	7,080	2,280	4,800
5) Körperverletzung	13,210	7,880	5,330

Wir bemerken, daß die Zahlen zu 2) — Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung betreffend — dieselben nach Abzug der in den Mittheilungen noch speciell bezifferten „Vergehen der Bettelei, Landstreicherei, und Arbeitsscheu" [7]) wiedergeben; es fallen sonach wesentlich Haus- und Landfriedensbruch darunter. Unleugbar zeigt sich sonach eine große Vermehrung der gegen die staatliche Autorität und die Persönlichkeit der Nebenmenschen in Ansehung der körperlichen und moralischen Integrität gerichteten Delikte. Wie sehr die Achtung vor dem Rechte der Persönlichkeit abgenommen, zeigt namentlich die verhältnißmäßig starke Zunahme der, wohl für die Rückfälligkeit nicht gerade ins

---

[7]) Es sind dieses Strafthaten, die noch nach dem Pr. St. G. B. abzuurtheilen waren.

Gewicht fallenden, Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit von 250 im Jahre 1871 auf 670 im Jahre 1874. Wie viele der wegen der erwähnten Strafthaten Angeschuldigten rückfällig waren, ist aus den statistischen Mittheilungen nicht zu ersehen, da dieselben die Zahl der Rückfälligen je bei den Verbrechen und den Vergehen in der Gesammtheit (dort auf c. 40 %, hier auf c. 6 %) angeben. Unserer Ansicht nach muß gerade bei ihnen die Zahl der Rückfälligen bedeutend sein, jedenfalls aber erscheint es der ziffermäßig nachgewiesenen Vermehrung jener Delikte gegenüber durchaus angebracht, der wiederholten Begehung derselben durch Strafschärfung für den Rückfall möglichst entgegen zu treten. Rücksichtigt man hierbei vorzüglich auch auf die Schwere des Verbrechens, wie augenscheinlich das St. G. B. beim Raube und den raubähnlichen Verbrechen, da eine häufige Wiederholung dieser durch denselben Thäter nur selten vorkommt, so würde den Bestimmungen der §§ 250 Nr. 5, 252 und 255 St.G.B. mit vielleicht größerem Rechte eine Strafschärfung bei der vorsätzlichen Brandstiftung an die Seite gesetzt werden können; es ist dieses ein Verbrechen, bei dem notorisch Rückfälligkeit vorkommt, das außerdem häufiger begangen wird, als dasjenige des Raubes und bei dem sich endlich gleichfalls eine verhältnißmäßig bedeutende Steigerung zeigt. Die statistischen Mittheilungen weisen in diesen letzten Beziehungen nach:

	1874.	1871.
1) Raub	180	100
2) vorsätzliche Brandstiftung . .	290	190

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Strafschärfung wegen Rückfalls im St.G.B. sind beim Raub und den demselben hinsichtlich der Bestrafung gleichgestellten Verbrechen erster (§§ 250 Nr. 5, 252, 255), beim Diebstahle, bei der Hehlerei und beim Betruge zweiter Rückfall (§§ 244, 261, 265). Beim Raub und ebenso bei den andern raubähnlichen Verbrechen wird jedes dieser drei Verbrechen zur Begründung des Rückfalles für geeignet erachtet, beim Diebstahl neben diesem selbst zugleich auch Raub, die raub=

ähnlichen Verbrechen und Hehlerei, während bei dieser sowie beim Betruge nur eben dasselbe Delikt ins Gewicht fällt.

Die Motive haben von einer Begründung Abstand genommen, weshalb die Strafschärfung theils erst beim wiederholten, theils aber schon beim ersten Rückfalle eintrete. Augenscheinlich ist dabei jedoch auf die größere oder geringere Schwere des Deliktes Gewicht gelegt, und zwar wie wir meinen deshalb mit vollem Rechte, weil die wiederholte Begehung eines mit schwereren Strafen bedrohten Delikts im Vergleiche zur Wiederholung einer leichteren Strafthat nicht nur mit größerer Sicherheit die hartnäckige Neigung zum Bösen bezeugt, sondern diese selbst auch eine größere, und deshalb, insofern sie gegen das Strafgesetz verstoßen hat, auch strafwürdigere ist. Beides folgt daraus, daß die Begehung des schwereren Delikts einen von größerer Energie des verbrecherischen Willens zeugenden Entschluß erfordert, letzteres namentlich aber auch aus der zu erwartenden schwereren Strafe.

Zur Begründung des zweiten der obigen allgemeinen Erfordernisse des Rückfalles führen die Motive nur zu § 239 des Entw. II (§ 244 St.G.B.) an, daß im Hinblick auf das gerade mit dem Diebstahl häufig zusammentreffende Verbrechen der Hehlerei es angemessen erschienen habe, die Straferhöhung auch gegen denjenigen anzuwenden, welcher bereits wenigstens zwei Mal wegen Raubes, Diebstahls oder H e h l e r e i im Inlande bestraft worden und sich eines Diebstahls schuldig gemacht habe; es seien hierbei Diebstahl, Raub und Hehlerei als gleichartige Verbrechen angesehen worden. Beim Mangel einer Begründung der anderen Fälle in dieser Hinsicht muß dafür gehalten werden, daß der Gesetzgeber von der Gleichheit der Strafthaten ausgegangen sei (vgl. den Rückfall bei der Hehlerei und dem Betruge), dagegen beim Raube und den raubähnlichen Verbrechen — mit Rücksicht auf die völlige Gleichstellung derselben hinsichtlich der Bestrafung —, sowie beim Diebstahle aus den in den Motiven dargelegten Gründen die Gleichartigkeit in Abweichung von der Regel für ausreichend erachtet habe. Während es wegen der Eigenartigkeit des Betruges nicht auffallend erscheint, daß nur die wiederholte Begehung eben

dieses Deliktes die Rückfälligkeit begründet, wie andererseits auch die Gleichstellung des Raubes und der raubähnlichen Verbrechen nicht auffallen kann, so befremdet es, daß Diebstahl, Raub und Hehlerei zwar für die Rückfälligkeit beim Diebstahl, nicht aber bei dem Raube und der Hehlerei einander gleichgestellt sind. Es ist hierdurch bekanntlich die Inkongruenz entstanden, daß nach Begehung zweier Diebstähle in der Reihenfolge des § 244 eine That, die sich nur als schwerer Diebstahl charakterisirt, härter bestraft wird, als wenn sie gleichzeitig die Merkmale des Raubes enthält, denn die entgegenstehende Ansicht Oppenhoff's (Kommentar N. 16 zu § 244) dürfte mit Rücksicht auf die einen specielleren Thatbestand begreifende Strafbestimmung wegen Raubes kaum haltbar sein. Unseres Erachtens muß an der Gleichartigkeit der drei Delikte an sich festgehalten werden, dagegen erscheint uns ein leichteres Delikt, wenn nicht überhaupt, so doch jedenfalls dann zur Begründung des Rückfalles bei einem schwereren ungeeignet, wenn dieses mit einer schwereren Strafart als jenes bedroht ist. Wir kommen bei Zugrundelegung dieser Sätze zu dem Resultate, daß der Rückfall müßte begründet werden können:

1) beim einfachen Diebstahl durch Diebstahl, Raub oder raubähnliches Verbrechen (das wir im folgenden stillschweigend unter jenem mit begreifen) und Hehlerei;

2) beim schweren Diebstahl durch Raub jedenfalls, durch Diebstahl und Hehlerei aber nur insofern sie mit Zuchthaus bedroht sind (§§ 243, 244 und §§ 258 Nr. 2, 260, 261);

3) beim Raube, wie zu 2;

4) bei der Hehlerei im Falle des § 261 Abs. 2, wie zu 1;

5) bei der Hehlerei des § 261 Abs. 1 würde zu unterscheiden sein, ob sie unter § 258 Nr. 2 oder unter § 259 begriffen wird, und in jenem Falle nur Raub, sowie Diebstahl und Hehlerei, insofern sie mit Zuchthaus bedroht sind, in diesem aber alle drei Delikte schlechthin zur Begründung des Rückfalls geeignet erscheinen. Nebenbei bemerkt dürfte übrigens die Strafbestimmung des § 261 Abs. 1 insofern nicht ganz rationell sein, als durch denselben zwei Fälle der Hehlerei, die in erster Begehung ganz ungleich geahndet

werden (§ 258 Nr. 2 und § 259), im Rückfalle mit derselben Strafe bedroht sind.

Die Rückfallschärfung würde wohl bei denjenigen Delikten, bei welchen wir dieselbe über das St. G. B. hinaus ins Auge fassen, erst die nochmalige Begehung nach zweimaliger Bestrafung zu treffen haben; es spricht hierfür, daß dieselben nicht zu den schwereren zu rechnen sind. Nur bei der vorsätzlichen Brandstiftung und den Unzuchtsverbrechen gegen die §§ 174, 176 u. 177 St.G.B. würde schon die erste Wiederholung des Verbrechens mit härterer Strafe zu belegen sein.

Was die Frage nach der Gleichartigkeit der Delikte anbetrifft, so würden alle Fälle der vorsätzlichen Brandstiftung, namentlich auch die betrügerische Brandstiftung (§ 265) einbegriffen, für sich, und ferner die eben gedachten Verbrechen gegen die Sittlichkeit wiederum für sich derartig als gleichartige zu betrachten sein, daß sie zur Begründung des Rückfalls unter einander geeignet erscheinen. Die Kuppelei ist dagegen ein von den übrigen Unzuchtsverbrechen wesentlich verschiedenes Delikt, so daß eben nur deren wiederholte Begehung zur Rückfallschärfung bei der Kuppelei führen dürfte, und zwar jede Art derselben bei der einfachen Kuppelei nach § 180, die Fälle der schwereren Kuppelei dagegen bei dieser (§ 181 Nr. 1 u. 2). Hinsichtlich der übrigen in Betracht kommenden Delikte ist der Unterschied wesentlich, ob sich der verbrecherische Wille gegen die Staatsgewalt und deren Organe oder gegen die Rechte von Privatpersonen richtet. Es erscheinen deshalb die im St. G. B. Thl. II Absch. 6 „Widerstand gegen die Staatsgewalt" abgehandelten Vergehen geeignet, unter einander die Rückfälligkeit zu begründen, andererseits aber auch die in Betracht kommenden Delikte aus dem Absch. 7 „Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung", vielleicht in Verbindung mit dem gleicherweise einen gewaltthätigen Charakter bekundenden Vergehen der Körperverletzung, während wiederum bei der Beleidigung sich die Strafschärfung wohl nur bei wiederholter Begehung dieses selben Delikts in seinen verschiedenen Qualifikationen (§§ 185—187) rechtfertigen ließe.

Die Strafschärfung kann, wie wir oben schon hervorgehoben,

in verschiedener Weise zur Ausführung gebracht werden. Was das St.G.B. anbetrifft, so ist sie

1) in den Fällen, wo bereits die erste Wiederholung die Rückfallschärfung trifft, also beim Raube und den demselben hinsichtlich der Bestrafung gleichgestellten Delikten, ohne mildernde Umstände (§ 250 Nr. 5) obligatorisch, weil statt der Zuchthausstrafe überhaupt (§ 249 Abs. 1) ein Minimum derselben von fünf Jahren gesetzt ist, bei mildernden Umständen (§ 250, letzter Abs.) ebenfalls, indem das Minimum von sechs Monaten Gefängniß (§ 249 Abs. 2) auf ein Jahr erhöht ist;

2) in den Fällen des wiederholten Rückfalles ist die Strafschärfung:

a) beim einfachen Diebstahl ohne mildernde Umstände obligatorisch, da sie in Zuchthaus bis zu zehn Jahren statt Gefängniß besteht (§§ 242, 244 Abs. 1), mit mildernden Umständen desgleichen, indem sie ein Minimum von drei Monaten Gefängniß setzt (§§ 242, 244 Abs. 2);

b) beim schweren Diebstahl ohne mildernde Umstände insofern ebenfalls obligatorisch, als sie für die auch sonst angedrohte Zuchthausstrafe ein zweijähriges Minimum bestimmt, insofern aber zugleich auch fakultativ, als sie an Stelle von zehn Jahren Zuchthaus das höhere Maximum von fünfzehn Jahren gestattet (§§ 243, 244 Abs. 1), mit mildernden Umständen lediglich obligatorisch, indem sie dem Minimum von drei Monaten ein höheres, nämlich ein Jahr Gefängniß, substituirt (§§ 243 letzter Abs., 244 Abs. 2);

c) bei der Rückfallshehlerei nach § 261 Abs. 1 ohne mildernde Umstände beiden Arten der Hehlerei (§§ 258 Nr. 2, 259) gegenüber obligatorisch, insofern ein Strafminimum von zwei Jahren Zuchthaus gesetzt ist, statt Zuchthaus überhaupt (§§ 258 Nr. 2), bzw. statt Gefängniß (§ 259), dem Falle der schweren Hehlerei (§ 258 Nr. 2) gegenüber insofern aber auch fakultativ, als ein Strafmaximum von fünfzehn Jahren statt fünf Jahren Zuchthaus gestattet wird (§ 261 Abs. 1), mit mildernden Umständen obligatorisch, weil ein Strafminimum von einem Jahr statt

drei Monaten bzw. einem Tage Gefängniß angedroht ist (§§ 258 Nr. 2 Abs. 2, 259 und 261 Abs. 2);

d) bei der Rückfallshehlerei nach § 261 Abs. 2 ohne mildernde Umstände obligatorisch, weil Zuchthaus statt Gefängniß (§§ 258 Nr. 1, 259) angedroht wird, mit mildernden Umständen desgleichen, weil für die Gefängnißstrafe ein Minimum von drei Monaten gesetzt ist, welches dort fehlt;

e) beim Betruge ohne mildernde Umstände (§ 264 Abs. 1) obligatorisch, weil an Stelle der Gefängnißstrafe (§ 263) Zuchthaus tritt, mit mildernden Umständen (§ 264 Abs. 2) desgleichen, weil für die Gefängnißstrafe das sonst fehlende Minimum von drei Monaten angedroht ist.

Der Gesammtüberblick über diese Fälle zeigt, daß im St.G.B. nicht in starrer Weise ausschließlich ein System der Strafschärfung verfolgt ist, sondern daß nach Gelegenheit des Falles, d. h. nach der für das einzelne Delikt an sich angedrohten Strafe, die Schärfung bestimmt ist. Immer ist dieselbe jedenfalls nach einer Richtung hin obligatorisch, dabei aber wieder abwechselnd zwischen Androhung einer der Art nach schwereren Strafe oder Bestimmung eines bzw. eines höheren Strafminimums; in einzelnen Fällen ist die Strafschärfung zugleich nach einer andern Richtung hin fakultativ, wenn nämlich ein höheres Strafmaximum gestattet wird. Insofern ist der durchgängig aufgestellte Satz, daß die Strafschärfung im St.G.B. geboten sei, wenigstens nur mit dieser Modalität richtig. Eine derartige Mischung verschiedener Systeme im St.G.B. muß als eine sachgemäße bezeichnet werden, nicht blos der ihr zu Grunde liegenden Idee nach, die sich von einer abstrakten Theorie fern haltend die einzelne Straffatzung ins Auge faßt, sondern auch was die Ausführung in den einzelnen Fällen anbetrifft. Indem wir aber glauben, uns in dieser Beziehung eines näheren Eingehens in die Details der im St.G.B. geltenden Bestimmungen enthalten zu können, wenden wir uns der Frage zu, wie unter Zugrundelegung der Methode des St.G.B. die Strafschärfung bei denjenigen Delikten zu normiren sei, bei welchen wir dieselbe über dessen Fälle hinaus für erforderlich erachten.

Zunächst würde die Strafschärfung durch den Wegfall der neben Gefängniß alternativ angedrohten Geldstrafen (§§ 113, 123, 185—187, 223) bezw. auch Haftstrafe (§ 185 St.G.B.), also insofern obligatorisch einzutreten haben, als eine der Art nach schwerere Strafe gewählt werden muß, wo leichtere zur Wahl standen. In diesen und namentlich in den Fällen, in welchen lediglich Gefängnißstrafe angedroht ist, sich aber niemals eine Zuchthausstrafe für den Rückfall würde rechtfertigen lassen, erscheint die Bestimmung angemessener Minima oder die Erhöhung derselben geboten, so abgesehen von den bereits genannten Delikten die Bestimmung eines Minimums im Falle des § 180 St.G.B., und die Erhöhung des Minimums bei den Delikten gegen §§ 114, 117 und 124. Die übrigen Verbrechen gegen die Sittlichkeit anlangend — des Vergehens der einfachen Kuppelei (§ 180) ist bereits gedacht —, so würde im Falle des § 174 eine Erhöhung des Strafmaximums, vielleicht unter gleichzeitiger Setzung eines Minimums, in den Fällen der §§ 176 u. 177 jedenfalls die Bestimmung eines solchen zu geschehen haben, im Falle des § 181 endlich wohl wie bei § 174 zu verfahren sein.

Wenn diese Vorschläge, die nur die allgemeine Richtung andeuten wollen, wie die Strafschärfung vorzunehmen sein dürfte, wesentlich auf die Einführung geeigneter Strafminima abzielen, so stellen sie sich, wie auch schon die Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876 durch Einführung von Strafminimis namentlich in den Fällen der §§ 113, 114, 117 Abs. 1 u. 223a, der Tendenz des St.G.B.'s bewußter Weise gegenüber, indem dieses, wie die Motive zum Entw. II in der Einleitung unter Nr. XIX ausdrücklich hervorheben, im Gegensatze zum Pr. St.G.B. in einer Reihe von Fällen gerade die Strafminima aufhob. Hierdurch wurde dem richterlichen Ermessen bei Festsetzung der Strafe ein bedeutend größerer Spielraum gewährt, einmal insofern der Strafrahmen für das betreffende Delikt im Ganzen genommen ein weiterer wurde, wie z. B. ein Vergleich zwischen der Diebstahlsstrafe nach § 216 Pr. und § 243 R. St. G.B. zeigt, dann aber indem dadurch zugleich viele, eine Strafschärfung bezweckende, Strafabstufungsgründe zum Wegfall kamen,

wie zum Beispiel das Fehlen dem § 217 Pr. St.G.B.'s entsprechender Bestimmungen im R. St.G.B. darthut. Wie von den verschiedensten Seiten anerkannt wird, hat der Richter in der Praxis bei der Abmessung der Strafen innerhalb des Strafrahmens den gesetzgeberischen Intentionen nicht entsprochen, indem er beim Mangel der Aufstellung ausdrücklicher Bestimmungen über die Strafzumessung — den zu tadeln uns fern liegt — nicht hinreichend die im Strafgesetzbuche fortlaufend, wenn auch häufig nur implicite, enthaltenen Strafausmessungsgründe zu erkennen vermochte. (Vgl. Merkel in Holtzendorff's Handbuch B. 2 S. 556 f.) Der Richter verfiel in eine ungerechtfertigte Milde, die an der Hand von Zahlen statistisch in eindringlicher Weise namentlich von Medem in dem Aufsatze „Ueber Strafzumessung und Strafmaß" (im Gerichtssaal B. 26 S. 590 ff.) nachgewiesen worden ist. Die Allgemeine Verfügung des Preußischen Justiz-Ministers vom 12. Januar 1874 btr. die Einwirkung der Staatsanwaltschaft auf die Ausmessung der Strafen (J.M.Bl. S. 31 f.) erwartet, „daß, wenn die Staatsanwalte von der ihnen zustehenden Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln — wo sich ihnen die Wahrnehmung aufdrängt, daß sich die Gewohnheit einer dem Ernste des Gesetzes nicht entsprechenden und darum für die öffentliche Sicherheit gefährlich werdenden Milde in der Strafausmessung zu bilden beginne — einen gleich maßvollen wie nachhaltigen Gebrauch machten, die Rechtsprechung der Berufungsgerichte dazu beitragen werde, eine ungerechtfertigte Milde in der Bestrafung Schuldiger zu beseitigen, und damit einen Mißstand in der Strafrechtspflege aufhören zu machen, der nicht ohne Grund bereits als eine der ganzen bürgerlichen Gesellschaft drohende Gefahr empfunden werde." Allein da hier Abhülfe gegen die Gerichte nur bei den Gerichten gesucht wurde, so mußte der Erfolg von vornherein zweifelhaft sein und die Einführung gewisser Strafminima durch die Strafgesetznovelle beweist, daß derselbe nicht eingetreten ist. Medem (a. a. O. S. 605), welcher dafür hält, daß das arbitrium des Richters durchaus noch eines dritten Festpunktes, einer mittleren Strafe für den Durchschnittsfall, bedürfe, an den sich anlehnend es nach

oben und nach unten hin ausweichen könne, daß aber der Betrag dieser mittleren Strafe für den Durchschnittsfall sich nicht schon aus den legalen Maximal- und Minimalbeträgen berechnen lasse, verlangt, daß derselbe durch das Gesetz fixirt werde. Häberlin kommt in den „Bemerkungen zu dem österreichischen Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehungen und Uebertretungen" (im Gerichtssaal Bd. 27 S. 605 ff., namentlich S. 608—613), davon ausgehend, daß gegenüber den Erfahrungen und den Stimmen aus der Praxis bei dem weiten Strafrahmen dem Richter eine Direktive, ein gewisser Anhalt, für sein Urtheil nothwendig gegeben werden müsse, zu dem Schlusse, daß, wenn die Aufnahme bestimmter Strafzumessungs- und Strafabmessungsgründe verworfen werde, Nichts übrig bleibe, als im allgemeinen Theile des St.G.B., oder richtiger noch in dem Einführungsgesetze eine derartige Bestimmung aufzunehmen. Daß aber eine Bestimmung, wie sie Häberlin S. 612 f. vorschlägt, irgend welchen praktischen Erfolg haben werde, dürfte billig zu bezweifeln sein.

Durch die obige Anregung, den Rückfall in weiterem Umfange, wie bisher, als Strafschärfungsgruud zu verwerthen und diese Strafschärfung hauptsächlich durch Statuirung geeigneter Strafminima herbeizuführen, wurde somit die Anwendung eines Mittels empfohlen, durch welches dem nach den eben gemachten Anführungen dokumentirten Bedürfnisse, innerhalb der weiten Strafrahmen Anhaltspunkte für den Richter zu gewähren, auf der bereits von der Strafgesetznovelle betretenen Bahn in weiterem Umfange genügt wird, und zwar hinsichtlich eines Umstandes, welcher nur dann der ihm zukommenden Bedeutung gemäß berücksichtigt werden kann, wenn das Gesetz den Rückfall als Strafschärfungsgrund ausdrücklich hinstellt, da die wirkliche Begehung früherer Strafthaten Seitens des Angeklagten nur in den seltensten Fällen durch die Beweisaufnahme dargethan werden kann.

Wenn wir bisher in diesem Abschnitte den Einfluß der Vorbestrafungen auf die Straffrage behandelten, so geschah dies in dem Sinne, daß wir ihre Bedeutung für den Rückfall und die allgemeinen bei der Rückfallschärfung maßgebenden Principien festzustellen suchten, während wir es dem Abschnitte IV vorbehalten,

die Bestimmungen des St.G.B.'s über den Rückfall bei den einzelnen Delikten, wo es denselben kennt, und namentlich beim Diebstahl, im Speciellen darzulegen. Was die Beziehung der Vorbestrafungen zum Rückfall im Allgemeinen anbetrifft, so erübrigt nur noch die Bemerkung, daß sich der Einfluß jener auch noch bei Beurtheilung der Frage zeigt, ob beim Vorliegen des Rückfalls mildernde Umstände zuzubilligen seien oder nicht, falls solche nach dem Gesetze überhaupt in Frage kommen können. Bedingt das Vorhandensein von Vorbestrafungen unter gewissen Umständen eine Strafschärfung, so kann bei verschiedenen Strafsatzungen für die Fälle der Verneinung oder die Annahme mildernder Umstände die geringe Höhe der Vorbestrafungen, oder ihr weiter Zwischenraum von einander bzw. von der jetzt abzuurtheilenden Strafthat recht wohl für die letztere Alternative ins Gewicht fallen.

Kommt in der bisher besprochenen Beziehung zum Rückfall den Vorbestrafungen im Wesentlichen nur dann eine Bedeutung für die Straffrage zu, wenn gesetzliche Bestimmung durch Erhebung des Rückfalles zum Strafschärfungsgrunde ihnen eine solche verleiht, so dürfte der einzige selbstständige Einfluß derselben in dem untergeordneten Umstande zu finden sein, daß die früher verhängten Strafen möglicher Weise dann mit ins Gewicht fallen oder den Ausschlag geben können, wenn dem Richter für die jetzt abgeurtheilte und zu bestrafende That zwischen mehreren Strafarten die Wahl gelassen ist. Ob eine Geld- oder Freiheitsstrafe und ob Gefängniß oder Festungshaft, Zuchthaus oder Gefängniß verhängt werde, kann denkbarer Weise dadurch beeinflußt werden, daß früher auf eine Geld- oder die eine oder andere Freiheitsstrafe erkannt worden war. Dieser Umstand kann jedoch nie für die Verhängung der Zuchthausstrafe ins Gewicht fallen, wenn diese und Festungshaft zur Wahl stehen, denn nach § 20 St.G.B. darf in diesem Falle auf Zuchthaus nur erkannt werden, wenn festgestellt wird, daß die strafbar befundene Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist. Eine solche Feststellung wird jedoch nur aus der in Rede stehenden strafbaren Handlung selbst, nicht aber aus den Vorbestrafungen des Angeklagten entnommen werden können.

III. Der Fall des § 79 St.G.B.

1. Die Voraussetzungen desselben.

Der den Schluß des Ersten oder Allgemeinen Theils des Strafgesetzbuches bildende § 79 lautet:

„Die Vorschriften der §§ 74—78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung begangen war."

Derselbe enthält einen Fall der Wirkung eines bereits gefällten Strafurtheils auf eine noch abzuurtheilende Strafthat, die — wie schon seine Stellung andeutet — gleichfalls allgemeiner Natur ist, wenn auch nicht in dem Grade, wie der bisher besprochene Einfluß von Vorbestrafungen auf die Beurtheilung der Schuld- und der Straffrage.

Der Fall des § 79 liegt beim Zusammentreffen folgender Voraussetzungen vor:

1) der Begehung einer strafbaren Handlung und zwar

2) vor der Verurtheilung wegen einer andern strafbaren Handlung und

3) der demnächstigen Verurtheilung wegen der zuerst gedachten Strafthat, bevor die zu 2 erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Bezüglich der ersten Voraussetzung, die im Uebrigen an sich klar ist, bedarf es nur der Bemerkung, daß es für die Anwendung der Bestimmung des § 79 gleichgültig ist, ob eine oder mehrere vor der früheren Verurtheilung begangene Strafthaten der nachträglichen Aburtheilung unterliegen.

Was die zweite Voraussetzung anbetrifft, so liegt dieselbe, wie Oppenhoff Kommentar N. 14 zu § 79 bemerkt, auch da vor, wo eine Verurtheilung wegen mehrerer Strafthaten erfolgt ist, sowie ferner alsdann, wenn nach der noch abzuurtheilenden Handlung

mehrere Verurtheilungen aufeinander erfolgt sind und zwar selbst in dem Falle, wenn bei einer der folgenden Verurtheilungen übersehen ist, daß eine Realkonkurrenz mit dem vorher abgeurtheilten Falle obwaltete.

Einem Bedenken unterliegt jedoch bei der zweiten Voraussetzung, ob unter der Verurtheilung eine inländische gemeint sei, sowie ferner, ob dieselbe auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches ausgesprochen sein müsse.

Die Erörterung dieses letzteren Punktes soll vorausgenommen werden, weil derselbe für Beantwortung der ersteren Frage jedenfalls mit in Betracht kommt. So sprach das die §§ 56 u. 57 Pr. St. G. B.'s betreffende Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 3. Januar 1867 (Rechtsprechung B. 8 S. 4 ff.) aus, daß die in jenen Paragraphen für den Fall der Realkonkurrenz gestatteten bzw. vorgeschriebenen Strafermäßigungen ausgeschlossen blieben, wenn ein Preuße zuerst im Auslande wegen einer dort begangenen That und dann in Preußen wegen eines zweiten früher daselbst begangenen Verbrechens verurtheilt werde, und zwar selbst in dem Falle, wenn inzwischen der betr. ausländische Staat (im vorliegenden Falle Hannover) mit Preußen vereinigt worden sei, „weil — wie es in den Gründen hieß — die Bestimmungen der §§ 56 und 57 verschiedene in Gemäßheit des nämlichen in Preußen geltenden Gesetzbuches auszusprechende Strafen voraussetzten."

Oppenhoff, der zwar Kommentar N. 13 zu § 79 für den Fall, daß die Verurtheilung wegen der zuerst abgeurtheilten Uebelthat unter der Herrschaft eines älteren, jetzt durch ein neues ersetzten Strafgesetzes erfolgte, den § 79 anwenden will, erachtet dennoch die ebengedachte Entscheidung auch jetzt in Rücksicht auf § 79 R. St. G. B. für zutreffend (Note 18); wir meinen aber, daß die neue Gesetzgebung zu einer neuen Erörterung der Frage auffordert, in Folge deren man vielleicht doch zu einem — wenigstens theilweise — anderen Resultate gelangen dürfte.

Der Richter, welcher den § 79 anzuwenden hat, muß, wie unten des Näheren erörtert werden wird, die früher erkannte Strafe als etwas Gegebenes acceptiren. Mag er, soweit er die

Sachlage aus den Vorakten ersehen zu können glaubt, die Strafe für zu hoch oder zu niedrig erachten, so hat er dennoch auf diese bereits erkannte Strafe einerseits und die von ihm zu erkennende Strafe andererseits die Vorschriften der §§ 74—78 St. G. B.'s in Anwendung zu bringen. Ferner ist im Auge zu behalten, daß die §§ 74—78 voraussetzen, daß das Verhältniß der bereits erkannten Strafe zu der noch zu erkennenden feststehe, daß also beispielsweise — wenn es sich um zwei Freiheitsstrafen handelt — die erkannte Gefängnißstrafe der zu erkennenden der Art nach völlig gleich sei, oder daß die erkannte Zuchthausstrafe zu der zu erkennenden Gefängnißstrafe hinsichtlich der Schwere im Verhältniß von 3 : 2 stehe, (§ 21 St.G.B.) oder daß Haft und andere Freiheitsstrafen überhaupt nicht in Vergleich zu ziehen seien (§§ 77 u. 21 St. G. B.). Geht man von diesen beiden Gesichtspunkten aus, denen zu Folge erstens die erkannte Strafe — nicht mehr die Strafthat selbst — in Betracht kommt, zweitens aber der Vergleichungsmaßstab zwischen der erkannten und der zu erkennenden Strafe oder deren Incommensurabilität feststehen muß, so wird man zugeben müssen, daß der Anwendung des § 79 der Umstand allein nicht entgegen stehen kann, daß die frühere Verurtheilung auf Grund eines andern Strafgesetzbuches als des Reichs-Strafgesetzbuches bezw. auf Grund gesetzlicher Strafbestimmungen, welche nicht durch die Principien des Reichs-Strafgesetzbuches beherrscht werden, erfolgt ist, wenn nur ein Vergleichungsmaßstab hinsichtlich der Strafen gegeben ist.

In dem Falle, welcher dem oben erwähnten Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 3. Januar 1867 zu Grunde lag, hatte der Schwurgerichtshof zu Celle am 17. März 1866 den Angeklagten wegen eines am 30. Januar desselben Jahres begangenen Mordversuches zu zwanzigjähriger Kettenstrafe ersten Grades und der Schwurgerichtshof zu Stendal denselben Angeklagten am 13. Dezember 1866 wegen eines am 28. Januar verübten Mordversuches zu zwanzigjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt. Das Ober-Tribunal erachtete auf die Seitens des Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde die §§ 56 und 57 Nr. 1 Pr. St.G.B.'s

aus dem oben erwähnten Grunde im vorliegendem Falle für nicht anwendbar und führte weiter aus: „daß es auch dem Richter an jedem Maßstabe für die Vergleichung und beziehungsweise Reduktion und Verwandlung der theils im vormaligen Auslande, theils im Inlande bestehenden Freiheitsstrafen, so lange gebricht, als nicht positive Bestimmungen ihm einen solchen an die Hand geben."

Es fragt sich, ob wirklich stets „positive Bestimmungen" erforderlich seien und wird es zur Beantwortung dieser Frage nothwendig, auf positive Straf-Gesetzgebungen, die neben und bzw. nacheinander in demselben Staate in Geltung waren, einzugehen. Wir wenden uns, anknüpfend an das mehrgedachte Erkenntniß des Ober-Tribunals, zunächst einer Vergleichung des Kriminalgesetzbuches für das Königreich Hannover vom 8. August 1840 mit dem Pr. St.G.B. zu, um hieran eine solche hinsichtlich des letzteren mit dem R. St.G.B. anzuschließen.

Das Hannoversche Kriminalgesetzbuch kannte nach den Artt. 10—21 folgende Freiheitsstrafen:

1) Kettenstrafen 1sten und 2ten Grades, lebenslänglich oder zeitig, nicht unter 6 Jahren;

2) Zuchthausstrafen 1. und 2. Grades, von 2 bis 8 Jahren;

3) Strafarbeitshaus von 3 Monaten bis zu 3 Jahren;

4) Gefängniß 1., 2. und 3. Grades bis zu 3 Monaten;

5) Staatsgefängniß, ausnahmsweise an Stelle der verwirkten Ketten- und Zuchthausstrafe tretend, um ein Viertel bis zur Hälfte länger als dieselbe.

Das daneben geltende Polizeistrafgesetz vom 25. Mai 1847 kannte ferner noch gemäß den §§ 18 ff. und dem Nachtragsgesetz vom 20. April 1857 — außer Strafarbeit —

1) Polizeiliche Gefängnißstrafe bis zu 6 Wochen, bei gewissen Uebertretungen bis zu 3 Monaten, und zwar ev. geschärfte Gefängnißstrafe;

2) Polizeiliche Werkhausstrafe von 2 bis 6 Monaten.

Das Pr. St.G.B. dagegen hatte folgende Freiheitsstrafen:

1) Zuchthausstrafe, lebenslänglich oder zeitig von 2 bis 20 Jahren;

2) Einschließung von 1 Tage bis zu 20 Jahren;

3) Gefängnißstrafe von 1 Tage bis zu 5 Jahren;

4) Polizeiliche Gefängnißstrafe von 1 Tage bis zu 6 Wochen;

5) Einsperrung ins Arbeitshaus bis zu 3 Jahren, als Korrektionsnachhaft.

Angesichts dieser beiden Strafsysteme kommt man allerdings zu dem Resultate, daß ohne „positive Bestimmungen" eine Vergleichung der verschiedenen Strafen des einen mit denen des andern nicht angestellt werden kann. Sollte man z. B. befugt sein, die Zuchthausstrafen beider Strafgesetzbücher ohne Weiteres einander gleich zu stellen, oder die Gefängnißstrafen, oder die Arbeitshausstrafen, etwa weil die namentlichen Bezeichnungen dieser Strafen gleich sind? Es würde dieses entschieden falsch sein. Im Pr. St.G.B. ist die Zuchthausstrafe die härteste Freiheitsstrafe, das hannoversche kennt dagegen in der Kettenstrafe mit zwei Abstufungen eine noch härtere. Während zwar im Allgemeinen die Zuchthausstrafen beider Gesetzbücher sich gleichstehen, — (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Hannoverschen und § 11 Abs. 1 des Pr. St.G.B.'s), so wird doch hierdurch, sowie durch die — dem Pr. St.G.B. unbekannte — Unterscheidung der Strafe in zwei Grade, ferner dadurch daß die in der Härte folgende Strafe nach dem hannoverschen St.G.B. nur bis zu 3, nach dem preußischen aber bis zu 5 Jahren erstreckt werden kann, ein solcher Unterschied zwischen beiden Strafen hervorgerufen, daß von Gleichstellung derselben auch nur innerhalb der Grenzen von 2 bis 8 Jahren nicht die Rede sein kann. Eben deshalb kann man auch die Zuchthausstrafe des Pr. St.G.B.'s — insbesondere die über 8 Jahre hinausgehende — nicht zu der Kettenstrafe, nach Maßgabe der § 227 Abs. 2 des Hannoverschen St.P.O. vom 8. November 1850 in das Verhältniß wie 3 : 2 stellen, denn es ist dort eben nur hinsichtlich der Freiheitsstrafen des H. St.G.B.'s bestimmt, daß die geringere zwei Dritttheilen der zunächst höheren Freiheitsstrafe rücksichtlich der Dauer gleich zu achten sei. In ähnlicher Weise fehlt jeder Maßstab hinsichtlich des Strafarbeitshauses und der Gefängnißstrafe des hannoverschen einerseits und der Gefängnißstrafe des Pr. St.G.B.'s andererseits, sowie hinsichtlich der polizeilichen Ge-

fängniß- und der Werkhausstrafe jenes Gesetzbuches einerseits und der polizeilichen Gefängnißstrafe dieses andererseits, oder endlich hinsichtlich des Staatsgefängnisses und der Einschließung. Was beispielsweise noch die letzteren beiden Strafen anbetrifft, so war die Einschließung eine Strafe für gewisse Vergehen, z. B. für den Zweikampf (§ 164 Pr. St. G. B.'s), während nach Art. 23 des hannoverschen St.G.B.'s statt der nach dem Gesetze verwirkten Ketten- und Zuchthausstrafe auf Staatsgefängniß zu erkennen war, wenn nach der Persönlichkeit des Verbrechers dafür gehalten werden mußte, daß die Vollziehung jener von einer so außerordentlichen Härte begleitet sei, daß dadurch ein richtiges Verhältniß zwischen Verbrechen und Strafe aufgehoben wurde.

Man muß hiernach das beregte Ober-Tribunalserkenntniß vom 3. Januar 1867 als richtig anerkennen, denn damals gab es keine positive Bestimmung, nach welcher die vom hannoverschen Gerichte erkannte Kettenstrafe ersten Grades und die vom preußischen Gerichte erkannte Zuchthausstrafe mit einander in Vergleich gebracht werden konnten. Aber auch die Verordnung vom 25. Juni 1867, welche im Gebiete des ehemaligen Königreichs Hannover vom 1. September 1867 ab das Pr. St.G.B. und eine den preußischen Prozeßgesetzen ähnliche Strafprozeßordnung einführte, gab keinen Vergleichungsmaßstab zwischen den noch unter der Herrschaft des H. St.G.B. erkannten Strafen mit denen des Pr. St. G.B.'s. Es würden also auch nach dem 1. September 1867 in einem im Uebrigen gleich liegendem Falle die §§ 56 u. 57 des Pr. St.G.B.'s nicht haben zur Anwendung gebracht werden können. Denn wenn auch Art. 9 der Verordnung disponirte, daß Zuchthausstrafe auf Grund von Strafbestimmungen, welche neben dem Pr. St.G.B. in Geltung blieben, überall nur dann erkannt werden sollte, „wenn in den neben dem St.G.B. zur Anwendung kommenden Strafbestimmungen Zuchthaus-, Ketten-, Eisen- oder Karrenstrafe ausschließlich angedroht ist," und zwar in einer Dauer von mehr als fünf Jahren, so folgt daraus noch nicht eine Gleichstellung der Kettenstrafe mit der Zuchthausstrafe des Pr. St.G.B.'s, denn auf rechtskräftig erkannte Strafen fand dieses überhaupt keine Anwen-

dung und mußten beim Mangel einer andern gesetzlichen Bestimmung die unter der Herrschaft des H. St. G. B. erkannten Strafen in ihrer eigenthümlichen Art weiter vollstreckt werden.[8]) So scheitert in dem eben besprochenen Falle die principiell nicht zu verwerfende Anwendung der mildern Bestimmungen der §§ 56, 57 Pr. St.G.B.'s an dem Mangel positiver Vorschriften, da ohne diese die Strafen des H. St. G. B.'s mit denen des Pr. nicht in Vergleich gebracht werden konnten.

Anders scheint die Sache für's Pr. und R. St.G.B. zu stehen. Nach den Motiven des Entw. II zum Theil I Absch. 1 „Von den Strafen" schließt sich der Entwurf — und auch das R. St. G. B. selbst — „mit seinen Strafarten im Wesentlichen dem im Pr. St.G. enthaltenem Strafensystem an." An Freiheitsstrafen kennt:

das Pr. St.G.B.	das R. St.G.B.
1. Zuchthaus, lebenslänglich oder von 2—20 Jahren.	1. Zuchthaus, lebenslänglich oder von 1—15 Jahren.
2. Einschließung von 1 Tage bis zu 20 Jahren.	2. Festungshaft, lebenslänglich oder von 1 Tage bis zu 15 Jahren.
3. Gefängnißstrafe von 1 Tage bis zu 5 Jahren.	3. desgleichen.

[8]) Thatsächlich wurde durch ein Justizministerial-Rescript vom 2. September 1867 angeordnet, „daß die auf Grund des Art. 10 H. Kriminal-Gesetzbuchs verurtheilten Sträflinge fortan von der Tragung von Ketten befreit sein sollten." Es kann wohl zweifelhaft sein, ob dieses im Wege der Oberaufsicht über die Strafvollstreckung — die damals noch dem Justizministerium zustand — angeordnet werden durfte oder ob nicht streng genommen, dazu ein allerhöchster Gnadenakt oder der Verordnungsweg erforderlich war. Im Uebrigen wurde der Unterschied der Strafen von Kettenstrafen ersten und zweiten Grades und Zuchthausstrafen ersten und zweiten Grades noch durch ein weiteres J.M.R. vom 15. Oktober 1867 festgehalten, welches zwar anordnete, daß in allen Fällen die Verurtheilten zu den gleichen Arbeiten angehalten werden sollten, daß aber „die Abstufung der erkannten Strafe auch durch die strengere oder gelindere Behandlung der Verurtheilten zur Geltung kommen" solle. Das J.M.R. vom 11. November 1867 endlich bestimmte, daß die nach den Artt. 10, 13 u. 19 des H. K.G.B. zulässigen Schärfungen der Ketten-, Zuchthaus- und Arbeitsstrafen fortan nur als Disciplinarstrafen in Anwendung gebracht werden sollten.

das Pr. St.G.B.	das R. St.G.B.
4. Polizeiliche Gefängnißstrafe von 1 Tage bis zu 6 Wochen.	4. Haft von gleicher Dauer.
5. Arbeitshaus als Besserungsnachhaft bis zu 1 resp. 3 Jahren.	5. desgl. bis zu 2 Jahren.

Zu den einzelnen einander gegenüber gestellten Strafen ist Folgendes zu bemerken:

Zu 1). Die Zuchthausstrafe ist nach beiden Strafgesetzbüchern die schwerste Freiheitsstrafe; die dazu Verurtheilten werden nach beiden zu den in der Strafanstalt eingeführten Arbeiten angehalten (§ 11 Abs. 1 Pr., § 15 Abs. 1. R. St.G.B.) und können nach beiden Rechten auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt verwendet werden (Pr. Gesetz vom 11. April 1854; § 15 Abs. 2 cit.). Während die Zuchthausstrafe nach beiden Gesetzbüchern eine lebenslängliche und zeitige sein kann, herrscht eine Differenz hinsichtlich der Zeitdauer, indem das R. St.G.B. sowohl hinsichtlich des Maximums als auch des Minimums milder ist. Verschieden sind die Strafen beider Gesetzbücher hinsichtlich der Folgen insofern, als dieselbe nach dem Pr. die Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung und den Verlust der bürgerlichen Ehre nach sich zog (§ 11), während neben derselben nach § 32 R. St.G.B. nur auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Zu 2). Hinsichtlich der „Festungsstrafe" des R. St.G.B. bemerken die Motive zu § 15 Entw. II, daß sie die Strafe sei, welche das Pr. St.G.B. als Einschließung kennt, für die nur der geläufigere Ausdruck gewählt sei. Abgesehen von einer Herabsetzung des Maximums, war also nur eine veränderte Bezeichnung gewählt. Allerdings ist im R. St.G.B., in Folge der Ausdehnung dieser Strafart bei politischen Verbrechen, insofern eine weitere Abänderung eingetreten, als auch lebenslängliche Festungshaft zugelassen ist, aber im Uebrigen ist der Charakter beider Strafen in beiden Gesetzbüchern ganz derselbe, wie eine Vergleichung des § 13 Abs. 1 Pr. mit § 17 Abs. 4 R. St.G.B.'s ergiebt.

Zu 3). Hinsichtlich der Gefängnißstrafe besteht nur der Unterschied, daß die Gefangenen nach dem R. St.G.B. auf ihr Ver-

langen beschäftigt werden müssen und mit ihrer Zustimmung auch außerhalb der Anstalt beschäftigt werden können, was beides nach dem Pr. St.G.B. nicht der Fall war.

Zu 4). Im R. St.G.B. ist nur ein anderer Name für dieselbe Strafe gewählt; vgl. § 334 u. 341 Pr. St.G.B. mit § 18 und 362 Nr. 1 R. St.G.B., sowie Motive zu § 18 cit. (§ 16 Entw. II).

Zu 5). Die Besserungsnachhaft ist nach beiden Gesetzbüchern, abgesehen von der Zeitdauer, nur insofern verschieden, als sie nach § 362 Abs. 2 R. St.G.B. jetzt in allen Fällen ins Ermessen der Landespolizeibehörde gestellt ist. Vgl. §§ 120 u. 146 Pr. St.G.B.[9]).

Angesichts dieser geringen Abweichungen wird man wohl nicht der Absicht des Gesetzgebers entgegenhandeln, wenn man die Strafen beider Gesetzbücher in der oben angegebenen Weise behufs Anwendung des § 79 R. St.G.B.'s gleichstellt, ohne daß Uebergangsbestimmungen in Gemäßheit des § 8 des Einführungs-Gesetzes vom 31. Mai 1870 ergangen wären (vgl. Oppenhoff, Kommentar N. 1 u. 2 zum Ersten Abschnitte des Gesetzes über die Einführung des Pr. St.G.B. vom 14. April 1851 und die daselbst angezogene Justiz-Ministerial-Verfügung vom 28. Dezember 1870 (J.M.Bl. S. 380 f.), besonders deren Nr. 1.), und in der ferneren Erwägung, daß das Pr. St.G.B. Milderungen bei der Realkonkurrenz zuließ, bezw. anordnete, daß das R. St.G.B. letztere regelmäßig gleichfalls vorschreibt, beim Zusammentreffen von einer nach dem Pr. St.G.B. verhängten und nach dem R. St.G.B. zu verhängenden Strafe, jene kleinen Unterschiede unbeachtet lassend und auf das Wesen der einzelnen Strafen und der beiden Strafsysteme sehend, auch „ohne positive Bestimmungen" den § 79 anwendet, sobald nur seine Voraussetzungen im Uebrigen vorliegen. Der Angeklagte würde sonst ganz um die in der Gesetzgebung sowohl Preußens als des Deutschen Reichs

[9]) Die in beiden Gesetzbüchern gleichmäßig zulässige Ueberweisung jugendlicher Delinquenten an die Besserungsanstalt kommt nicht in Betracht, da sie keine Strafe ist.

bei aufeinander folgender Aburtheilung realiter konkurrirender Strafthaten anerkannten Wohlthaten kommen.

Dem von Schwarze im Kommentar zu § 79 (letzter Absatz, S. 307) absolut hingestellten Satze: „Die Bestimmungen des § 79 leiden keine Anwendung, wenn die eine Verurtheilung auf das ältere Recht, also nicht auf das R. St.G.B. gestützt wird; — es fehlt an der Gleichheit der beiden hier in Betracht kommenden Strafkörper" können wir deshalb nicht beistimmen, uns andererseits aber auch nicht Oppenhoff anschließen, der im Kommentar N. 13 zu § 79 die volle Anwendbarkeit desselben in dem beregten Falle hinstellt und dann fortfährt: „War auf eine dem St.G.B. unbekannte Strafe erkannt, so muß der Richter der zweiten That (arg. Einführungsgesetz § 6) in der N. 11 angegebenen Weise (d. h. analog dem Falle, wenn wegen der zuletzt zur Aburtheilung gelangenden Strafthat auf eine strengere Strafart zu erkennen war) verfahren, indem er eine Gesammtstrafe in einer vom St.G.B. genehmigten Strafart — unter Berücksichtigung der in Gemäßheit des § 8 des Einführungsgesetzes ergangenen Uebergangsbestimmungen — verhängt." Verwiesen wird noch auf N. 36 zu § 74. Diese Note behandelt jedoch den Fall, wo eine der zur Aburtheilung gelangenden realiter konkurrirenden Straffälle unter der Herrschaft eines älteren außer Kraft getretenen Strafgesetzes verübt ist, aber eben erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes zur Aburtheilung gelangt. Allein dieser Fall liegt anders wegen der Bestimmung des § 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes, der zufolge nach Inkrafttreten des R. St.G.B. nur auf die in ihm enthaltenen Strafarten erkannt werden darf, und derjenigen des § 2 Abs. 2 St.G.B., wonach bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung das mildeste Gesetz anzuwenden ist, also bei Androhung verschiedener Strafarten jedenfalls die mildere. (Vgl. Oppenhoff, Kommentar N. 7 zu § 8 des Einführungsgesetzes). Soweit aber Uebergangsbestimmungen ergangen sind, nach denen etwa rechtskräftig erkannte Strafen einer früher gestattenen Art, z. B. Kettenstrafen, in Strafen einer im St.G.B anerkannten Art,

z. B. in Zuchthausstrafen, umgewandelt werden, soweit sind eben „positive Vorschriften" vorhanden, denen der Richter zu gehorchen hat, soweit er aber ohne dieselben und ohne daß sich die Gleichheit gewisser Strafarten in zwei verschiedenen Gesetzbüchern aus andern, namentlich historischen, Gründen behaupten läßt, eine Gesammtstrafe in einer vom St.G.B. genehmigten Strafart verhängt, so macht er sich selbst von Neuem zum Richter über die bereits rechtskräftig abgeurtheilte That, ohne hierzu berufen zu sein.

Während die eben besprochene Frage vorwiegend von theoretischem Interesse ist, so hat diejenige nach der Anwendbarkeit des § 79 für den Fall, daß die frühere Verurtheilung im Auslande ergangen ist, auch ein andauerndes praktisches Interesse; sie kann an den Richter auch in der Zukunft stets herantreten, während die erstere schon jetzt unter der Herrschaft des R. St.G.B. kaum mehr praktisch auftauchen wird.

Bei einer Vorbestrafung auf Grund eines ausländischen Erkenntnisses wird ein Vergleichungsmaßstab der erkannten Strafe mit den Strafen des St.G.B. nicht zu gewinnen sein, weil einmal positive Festsetzungen in dieser Beziehung gar nicht denkbar sind, dann aber regelmäßig wenigstens das auswärtige Strafsystem ein von dem des St.G.B. principiell verschiedenes sein wird. Es treten hier aber noch andere Gründe hinzu, weshalb von der Anwendbarkeit des § 79 beim Vorliegen eines früheren ausländischen Erkenntnisses, wie auch Oppenhoff Kommentar N. 18 zu § 79 annimmt, nicht die Rede sein kann. Zunächst erregt schon der Umstand, daß ausländische Urtheile auch für die Straferhöhung beim Rückfall außer Anwendung bleiben, obgleich es dabei doch nur auf die Bestrafung und Verbüßung überhaupt, nicht auf die Beschaffenheit der erkannten Strafe ankommt, Bedenken, ob der Gesetzgeber jene unter „Verurtheilungen" im Sinne des § 79 mit habe begreifen wollen. Ferner aber fällt ins Gewicht, daß die Anwendung der Grundsätze der §§ 74—78 im Falle des § 79 unter Umständen, welche später zu erörtern sind, eine Aenderung der früheren Straffestsetzung ev. auch der bereits begonnenen Strafvollstreckung mit sich führt, also möglicher Weise zu einem

Eingriffe in die Justizhoheitsrechte eines fremden Staates führen würde, wenn § 79 auch beim Vorliegen eines ausländischen Erkenntnisses Anwendung finden könnte. Schon allein aus diesem Grunde muß davon in einem solchen Falle überhaupt abgesehen werden.

Was aber das Verhältniß von Urtheilen der Gerichte verschiedener Deutscher Bundesstaaten zu einander anbetrifft, so ist dieses nicht etwa dem zwischen einem inländischem und ausländischem Urtheile, sondern demjenigen zweier Urtheile von Gerichten eines und desselben Staates gleichzustellen. Zwar ist die Praxis zum Theil anderer Ansicht gewesen und erachteten noch neuerdings das Strafgericht und die Staatsanwaltschaft zu Bremen, obgleich die Voraussetzungen des § 79 vorlagen, die Anwendung der §§ 74—78 für gänzlich ausgeschlossen, weil das frühere Erkenntniß in Preußen gefällt sei und das Bremensische Gericht bei der jetzigen Lage der Gesetzgebung der verschiedenen Bundesstaaten nicht kompetent sei, durch Erkennung einer Gesammtstrafe über ein Vergehen mit abzuurtheilen, das an sich seiner Kompetenz bezw. der Justizhoheit des Bremensischen Staates nicht unterstehe. Die St.P.O. für das Reich, hieß es in diesem der Praxis entlehnten Falle weiter, werde wohl Bestimmungen treffen müssen, welche ermöglichten, die Grundsätze der §§ 74 u. 79 stets auch formell zur Anwendung zu bringen; materiell sei dieses bei der späteren Aburtheilung durch mildere Bemessung der Strafe geschehen. Auch Oppenhoff Kommentar N. 19 zu § 79 will, wenn die erste Verurtheilung in einem anderem Bundesstaate erfolgte, die Grundsätze der §§ 74—78 nur insoweit zur Anwendung bringen, als darnach eine Abänderung der von der Strafgewalt des andern Bundesstaates ausgegangenen früheren Entscheidung nicht erforderlich sei. Eine solche Abänderung könne, da die Strafgewalt jedes einzelnen Bundesstaates eine selbständige sei, durch ein in einem anderen Bundesstaate ergangenes Erkenntniß nicht erfolgen. Oppenhoff kommt in Folge dessen für einen derartigen Fall auf das Auskunftsmittel, daß der spätere Richter seinerseits zunächst arbitriren müsse, welches Maß der Zuchthaus-

strafe er als Gesammtstrafe für beide Fälle angemessen erachte, sodann auf dieses Maß die früher verhängte Gefängnißstrafe (in der geeigneten Reduktion nach § 21) in An- und Abrechnung bringen und demgemäß seine Verurtheilung zur Zuchthausstrafe in dem so geminderten Maße aussprechen müsse.

Diese Ansicht, deren Konsequenz dem durch § 79 angestrebten Bestrafungsmodus mehrerer Konkurrenzfälle nicht entspricht, widerlegte zunächst Rüdorff im Kommentar N. 4 Abs. 2 zu § 79 durch die Ausführung, daß — wenn sich auch die einzelnen Bundesstaaten nicht formell der Justizhoheit zu Gunsten des Reiches entäußert hätten — der § 79 dieses partiell geändert habe, indem er eine für das ganze Bundesgebiet gültige und alle innerhalb desselben thätigen Gerichte bindende Regel aufstelle. Da das Gesetz nicht unterscheide, so sei jedes Gericht — sei es das frühere oder spätere — verpflichtet, dem Bundesgesetze unverkümmerte Geltung zu verschaffen; der Ausführung dieses späteren Urtheiles stehe aber § 20 ff. des Rechtshülfegesetzes zur Seite. Schwarze (Kommentar S. 307 und S. 860 zweiter Nachtrag zu § 79), ist derselben Ansicht, die er besonders noch in seinen Studien zum R. St.G.B. Nr. IX (Goltdammer B. 22 S. 14 ff.) dahin ausführt, daß die Bestimmung des § 79 auf einer materiellrechtlichen Anschauung beruhe, in Folge deren die einfache Addition der erkannten Freiheitsstrafen und die succcessive Vollstreckung derselben als eine zu strenge Bestrafung des Schuldigen erscheine; der Gesetzgeber könne nicht gewollt haben, daß eine so wichtige und tagtäglich vorkommende Vorschrift auf die Fälle beschränkt werde, in denen der Angeklagte durch verschiedene Erkenntnisse desselben Staates verurtheilt werde; dieser mehr oder weniger zufällige Umstand habe nicht den mindesten Einfluß auf den Grad der Verschuldung.[10])

---

[10]) Die bei Schwarze citirten beiden Abhandlungen von Ortloff in der Sächsischen Gerichtszeitung 1873 S. 136 ff. und von Kübel im Würtembergischem Gerichtsblatte 1873 Nr. 12 haben dem Verfasser leider nicht zu Gebote gestanden. — Der Schwarze'schen Ansicht scheint übrigens das Ober-Appellationsgericht zu Dresden nicht ganz, wenigstens nicht hin-

Liegt sonach, beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 79 ein früheres Urtheil eines Gerichtshofes vor, welches einem andern Bundesstaate angehört, als dasjenige, welches das spätere Urtheil zu erlassen hat, so werden die §§ 74—78 anzuwenden sein, wenn dieses bei Urtheilen eines und desselben Bundesstaates der Fall sein würde, insbesondere also auch dann, wenn das frühere Urtheil etwa nicht auf Grund des R. St.G.B.'s, sondern eines partikulären St.G.B.'s ergangen ist. Es wird sich dann fragen, ob hinsichtlich der Strafen beider ein Vergleichungsmaßstab zu finden ist.

Die zweite Voraussetzung des § 79 (s. oben S. 32) bedarf aber in doppelter Beziehung noch einer weiteren Erläuterung, einmal nämlich nach der Richtung hin, welcher Zeitpunkt gemeint sei, derjenige der Verkündigung des Strafurtheils oder derjenige des Eintritts seiner Rechtskraft, dann aber ob zur Anwendung des § 79 erforderlich sei, daß die frühere Verurtheilung rechtskräftig geworden. Es fragt sich mit andern Worten, ob die noch abzuurtheilende, die erste Voraussetzung bildende, strafbare Handlung begangen sein müsse:

vor dem Zeitpunkte der Verkündigung des Strafurtheils wegen einer andern strafbaren Handlung und zwar

entweder eines solchen, welches demnächst vor der die dritte Voraussetzung bildenden Urtheilsfällung bereits die Rechtskraft erlangt habe,

---

sichtlich der Ausführung des modificirten Urtheils in dem andern Bundesstaate, zu folgen; vergl. das Erkenntniß desselben vom 14. August 1874 (Stenglein B. 5 S. 26), in welchem ausgesprochen wird, daß gegen einen Angeklagten, der bereits durch das Obergericht zu Lüneburg zu einer sechsmonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt war, nicht auf Zuchthaus in der Dauer von drei Jahren und acht Monaten, sondern auf die volle Gesammtstrafe von vier Jahren Zuchthaus zu erkennen und nur auszusprechen war, „daß diese Strafe zwar in Sachsen, jedoch unter Kürzung von vier Monaten, dagegen von dem Obergericht zu Lüneburg mit sechs Monaten Gefängniß zur Vollstreckung zu bringen seien". Das von Rüdorff angezogene Rechtshülfegesetz scheint hiernach nicht für durchgreifend erachtet zu sein.

oder eines solchen, bei dem dieses nicht der Fall zu sein brauche —

oder vor dem Zeitpunkte des Eintritts der Rechtskraft des Strafurtheils wegen einer andern strafbaren Handlung und zwar wieder mit der ebengedachten Alternative.

Daß der im Gesetze gebrauchte Ausdruck der „früheren Verurtheilung" in dieser doppelten Richtung hin zweifelhaft sei, ist richtig auseinander gehalten bei Schütze in der ersten Auflage seines Lehrbuchs, indem er S. 200 sagt:

„Wenn derjenige, welcher wegen einer oder mehrerer strafbarer Handlungen rechtskräftig verurtheilt worden, nachträglich wegen einer oder mehrerer anderer selbstständiger Handlungen, die er vor der Rechtskraft jener früheren Verurtheilung verübt hat, verurtheilt wird" u. s. w.

und dazu in A. 18 bemerkt:

„Der § 79 spricht zwar nur von „Verurtheilung", scheint aber den Zeitpunkt nicht der Verkündung, sondern der Rechtskraft zu meinen; auch ist diese Auslegung die günstigere. Nur rechtskräftig gewordene Verurtheilung scheint geeignet, die Grundlage für eine Nachtrags- (Zusatz-) Strafe abzugeben."

Wie aber Schütze in der zweiten Auflage des Lehrbuchs S. 201 A. 19 beide Punkte nicht mehr scharf trennt, so sind auch sonst jene beiden ganz verschiedenen Fragen nicht immer sachlich völlig auseinandergehalten oder es ist wenigstens nicht immer ein adäquater Wortausdruck gewählt. Das letztere ist beispielsweise der Fall in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 16. Oktober 1872 (Rechtsprechung B. 13 S. 529), in welchem die Frage erörtert wird, welcher Zeitpunkt gemeint sei, dennoch aber sprachlich wenig korrekt die Frage dahin gestellt wird, ob unter dem Ausdrucke „vor der früheren Verurtheilung" eine solche zu verstehen sei: „gegen die dem Angeklagten noch ein Rechtsmittel zustand, oder ob eine rechtskräftige gemeint" sei. [11]).

---

[11]) Vgl. Harseim „Zu § 79 des R. St.G.B." im Gerichtssaal B. 27 S. 466 ff, der in der A. auf S. 470 dem Ober-Tribunal vorwirft, die beiden Fragen nicht von einander getrennt zu haben.

Wenn dagegen Oppenhoff, Rechtsprechung in der Bemerkung zu dem in Rede stehenden Erkenntnisse und Meves in der Strafrechtszeitung B. 13 S. 170 A. 1 behaupten, daß Schwarze in der ersten Auflage seines Kommentars S. 280 sich mit der Ansicht des Ober-Tribunals in Uebereinstimmung befinde, so irren beide sachlich. Denn wenn Schwarze a. a. O. sagt: „Unter „Aburtheilung" ist hier die rechtskräftige Verurtheilung gemeint, weil nur erst diese den Maßstab und die Grundlage zu einer Aufrechnung geben kann," so läßt er sich nicht über den Zeitpunkt aus, bis zu welchem die noch abzuurtheilende Strafe begangen sein dürfe, sondern über die Beschaffenheit des gefällten Urtheils, ob es rechtskräftig sein müsse oder dies nicht zu sein brauche. Ueber den Zeitpunkt spricht Schwarze erst auf S. 281 und die Bemerkung daselbst: „Auf Delikte, welche erst nach der Verurtheilung begangen sind, leiden jedenfalls die Bestimmungen über Realkonkurrenz keine Anwendung" ist, wie die spätern Auflagen des Kommentars ergeben, gerade in einem der Ansicht des Ober-Tribunals entgegengesetztem Sinne gemeint. [12])

Wir wenden uns zunächst der Frage zu, welcher Zeitpunkt der entscheidende sei?

Die, wie das Ober-Tribunal bemerkt, von allen Seiten unbestritten gebliebenen Motive zum § 79 (§ 77 des Entw. II) lauten:

„Die Bestimmung dieses Paragraphen leidet sowohl auf den Fall Anwendung, wenn während der Verbüßung einer Gesammtstrafe nachträglich noch andere, jedoch vor der Verurtheilung begangene strafbare Handlungen derselben Person zur Anzeige und Aburtheilung gelangen, als wenn sie während der Verbüßung einer wegen einer einzelnen Handlung erkannten Strafe erfolgt, und daher nunmehr erst eine Realkonkurrenz sich herausstellt.

„Dabei scheint es aus praktischen Gründen geboten, die Ertheilung des Nachtrags-Erkenntnisses auf den Fall zu beschränken, wenn die früher erkannte Strafe durch Verbüßung, Verjährung

---

[12]) Vgl. Schwarze Kommentar S. 860 den ersten Nachtrag zu § 79.

oder Erlaß noch nicht erledigt ist, so daß, sobald dieser Zeitpunkt eingetreten, später angezeigte, jedoch früher verübte strafbare Handlungen des Verurtheilten zur besonderen Aburtheilung und Bestrafung, bei welcher ein Zusammenrechnen der früher erkannten und der jetzt zu erkennenden Strafe, wie beim Nachtragserkenntniß, nicht stattfindet, zu verweisen sein werden." —

Ein Princip scheint uns in diesen Motiven nicht niedergelegt zu sein, denn während in dem ersten Absatze lediglich erklärender Weise hervorgehoben wird, daß eine zusätzliche Verurtheilung zu erfolgen habe, einerlei ob früher eine Gesammt- oder eine Einzelstrafe erkannt sei, beschränkt sich der zweite Absatz auf die Bemerkung, daß es nur ein praktischer Grund sei, weshalb nach erfolgter Verbüßung der früher erkannten Strafe nicht mehr zusätzlich erkannt werden solle.

Das Ober-Tribunal findet dagegen, in seiner oben erwähnten Entscheidung vom 16. Oktober 1872, in den Motiven die Bestätigung des von ihm in folgender Weise aufgefaßten Gedankens des Gesetzgebers:

„Die Grenze der bei der Aburtheilung real konkurrirender Handlungen nach § 74 stattfindenden Nachsicht sei mit der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlasse einer, vor der späteren Verurtheilung auferlegten, Strafe gezogen; beim Vorhandensein dieser Umstände trete sie nicht mehr ein. Man könne aber nicht weiter gehen und behaupten, daß die Bestimmung des § 79 auch dann hinsichtlich der Anwendbarkeit der im § 74 getroffenen Vorschrift wegfalle, wenn wider denselben Angeklagten bereits in einer gesondert geführten Untersuchung wegen einer andern strafbaren Handlung ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen sei, das aber noch durch ein Rechtsmittel angefochten werden könne oder sogar angefochten sei. Durch die Benennung „der Verbüßung, Verjährung oder des Erlasses" im § 79 sei zur Genüge ausgesprochen, daß diese Stadien der Erledigung eines Strafurtheils erschöpft sein müßten, wenn der Grundsatz des § 74 ausgeschlossen sein solle, sie könnten aber nur dann erfüllt werden, wenn eine rechtskräftige Verurtheilung eingetreten sei."

Nach den Motiven habe nun der Gesetzgeber den Grundsatz des § 74, soweit es praktisch geboten erscheine, zur Geltung bringen wollen und die Grenze dafür bestimmt, die in der Rechtsprechung nicht anders gezogen werden dürfe.

Allein bei dieser Deduktion wird Verschiedenartiges zusammengeworfen, indem übersehen wird, daß der § 79 Grenzen nach zwiefachen Richtungen zieht, eine für die Begehung der noch abzuurtheilenden Handlung, und eine zweite für die Verurtheilung wegen dieser selbst. Jene soll begangen sein „vor der früheren Verurtheilung", diese soll stattfinden „bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist." Hier handelt es sich um die Bestimmung jener Grenze, d. h. um die Bestimmung des unter dem Ausdrucke der „früheren Verurtheilung" gemeinten Zeitpunktes. Derselbe hat mit der Verbüßung der durch dieselbe erkannten Strafe absolut nichts zu thun. Der einzige Zusammenhang ist wenigstens nur der, daß wenn zur Zeit, als „die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgte, welche vor der früheren Verurtheilung begangen war", diese noch nicht rechtskräftig war, auch die durch sie erkannte Strafe nicht verbüßt, und folglich auch die für die zweite Verurtheilung gezogene Grenze nicht überschritten sein kann. Im Uebrigen kann, wenn auch die noch abzuurtheilende Strafthat vor der früheren Verurtheilung begangen war, die erkannte Strafe verbüßt oder nicht verbüßt sein, und umgekehrt, wenn auch die durch die frühere Entscheidung erkannte Strafe noch nicht verbüßt ist, die noch abzuurtheilende Strafthat nach oder vor der früheren Verurtheilung begangen sein. Meves, der in seiner Besprechung dieser Ober-Tribunalsentscheidung in der Strafrechtszeitung B. 13 S. 170 ff. dieselbe zwar billigt, ohne ihre Gründe für überzeugend zu erachten, macht sich einer petitio principii schuldig, wenn er sagt: „Verschiedene selbstständige Delikte einer und derselben Person stehen nach den allgemeinen Principien des Strafrechts entweder im Rückfallsverhältniß zu einander oder in realer Konkurrenz: ein Drittes giebt es nicht. Die Grenzscheide zwischen beiden Arten bildet das Erkenntniß und zwar, wie aus den Begriffen des Rückfalles folgt, nach einge-

tretener Rechtskraft.“ Wenn er auch im Folgenden anerkennt, daß das St.G.B. in diese an sich einfache Sachlage Schwierigkeit und Unklarheit gebracht habe, so bestreitet er doch von vornherein, daß das St. G. B. positivrechtlich in der That eine Mittelklasse selbstständiger Delikte geschaffen hat, während diese Frage zu bejahen ist, wenn man zu der Auslegung kommt, daß das St.G.B. unter der „früheren Verurtheilung“ nicht nothwendig eine rechtskräftige verstanden wissen will.

Mehr Licht als die Motive zum § 77 des Entw. II scheinen der, dem § 79 St.G.B.'s entsprechende, § 66 des Entw. I und dessen Motive über den legislatorischen Gedanken zu verbreiten.

§ 66 lautet:

„Stellt sich nach erfolgter Verurtheilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens heraus, daß der Verurtheilte sich vor derselben noch eines anderen Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht hatte, so ist bei der Aburtheilung des letzteren auf die frühere Bestrafung nach Maßgabe des § 65 (welcher die den §§ 74—78 St.G.B. entsprechenden Vorschriften enthält) Rücksicht zu nehmen“,

während die Motive dazu sich in folgender Weise auslassen:

„Die in § 66 ausgesprochene Bestimmung über Bestrafung bei realer Konkurrenz muß übrigens ihre Wirkung ohne Rücksicht darauf äußern, ob die verschiedenen zusammentreffenden strafbaren Handlungen gleichzeitig oder nacheinander zur Aburtheilung gelangen. Daß dies geschehen solle, schreibt der § 66 vor.“

Hiernach soll die bei Fällung des ersten Urtheils stattgefundene Nichtbeachtung des thatsächlichen Umstandes, daß Angeklagter sich damals schon noch einer anderen Strafthat schuldig gemacht hatte, bei der demnächstigen Aburtheilung dieser dadurch wieder gut gemacht werden, daß alsdann noch die für die gleichzeitige Aburtheilung realiter konkurrirender Handlungen geltenden milderen Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden. Wenn hiernach auch nicht fingirt wird, als ob die frühere Aburtheilung noch nicht stattgefunden hätte, so soll doch die Sache für den Angeklagten bei der zweiten Aburtheilung in die Lage gebracht werden, als

wenn beide Thaten durch die erste Entscheidung mit Strafe belegt worden wären. Der § 79 St.G.B.'s hat nun zwar nicht nur eine andere Wortfassung, sondern „aus praktischen Gründen" auch die sachliche Einschränkung „bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist" erhalten, allein ein anderes Princip, als im § 65 Entw. I, ist in ihm nicht zur Anwendung gekommen, wenigstens lassen die Motive dies in keiner Weise erkennen. Somit nöthigt auch § 79 St.G.B.'s den später erkennenden Richter zur Beantwortung der von Schwarze Kommentar S. 305 so gestellten Frage: „Welche Strafe würde der Richter damals erkannt haben, wenn ihm dieses erst jetzt entdeckte, aber damals schon begangene Delikt bekannt gewesen wäre."

Unseres Erachtens zieht Schwarze aus dem so gefundenen gesetzgeberischen Gedanken die richtige Konsequenz, wenn er fortfährt: „Es sind daher Delikte, welche nach der Verurtheilung, aber vor deren Rechtskraft begangen worden sind, nicht zu berücksichtigen; auf sie leidet die Tendenz des § 79 keine Anwendung." Zu demselben Resultate gelangt wesentlich aus demselben entscheidenden Grunde Harseim in dem Aufsatze: „Zu § 79 des R. St. G. B." (im Gerichtssaal B. 27 S. 466 ff.), indem er deducirt, daß im Sinne des § 74 zusammentreffen „alle Verbrechen desselben Angeschuldigten, welche von ihm bis zu dem Zeitpunkt der Urtheilsfällung begangen sind" und daß, da § 79 an dem Wesen der Realkonkurrenz und deren Erfordernissen nichts ändere, deshalb im Falle desselben unter der „früheren Verurtheilung" nur der Zeitpunkt der ersten Urtheilsfällung — oder wie es später genauer heißt: des Ausspruches der ersten Verurtheilung — verstanden werden könne. Die in Rede stehende, auch von Meyer Lehrbuch S. 336 A. 10 adoptirte, Ansicht hat nicht minder in der Praxis Beifall gefunden und wird sie namentlich von dem bayerischen Kassationshofe und dem Oberappellationsgericht zu Dresden getheilt. [13])

Völlig klar hat der erstere Gerichtshof in den Erkenntnissen

[13]) Ganz ausdrücklich und unter Berufung auf Schwarze im Erk. des O.A.G. zu Dresden vom 8. August 1873 (Stenglein B. 3 S. 88).

vom 1. Februar und 1. März 1873 (bei Stenglein B. 2 S. 220 f. und S. 266, ersteres auch in der Strafrechtszeitung B. 13 S. 283 ff.) den Zeitpunkt der Publikation des Urtheils und nicht den Eintritt seiner Rechtskraft für den entscheidenden erklärt. So wird in dem erstgedachten Erkenntnisse ausgeführt: „Zwar war zur Zeit der Verübung der That vom 4. November das (frühere) Urtheil (vom 26. Oktober) noch nicht rechtskräftig, sondern durch eine Berufung des Beschuldigten angefochten; allein dies kommt hier nicht Betracht. Der citirte § 79 spricht von der früheren Verurtheilung, ohne zu unterscheiden, ob diese Verurtheilung eine rechtskräftige war oder nicht; es darf deshalb auch der Richter bei Anwendung erwähnter Gesetzesstelle keine solche Unterscheidung treffen."

Was das Oberappellationsgericht zu Dresden anbetrifft, so sprach sich dieses zunächst in der Entscheidung vom 4. März 1872 (Stenglein B. 1 S. 338) dahin aus, daß unter der früheren Verurtheilung „eine jede und nicht etwa blos eine rechtskräftig gewordene Verurtheilung zu verstehen sei." Scheint hiernach zwar dieses Erkenntniß sich nicht auf den in Betracht kommenden Zeitpunkt zu beziehen, so zeigen die späteren Entscheidungen, daß dieses dennoch der Fall sei, insbesondere diejenige vom 1. August 1873 (Stenglein B. 3 S. 87), woselbst es heißt: „Daß, soweit es sich um die Anwendung des § 79 St.G.B.'s und um den Zeitpunkt der Verübung der neu abzuurtheilenden Delikte handelt, Alles nur darauf, daß letztere vor der früheren Verurtheilung begangen wurden, ankommt, und daß unter dieser früheren Verurtheilung eine jede und nicht etwa blos eine rechtskräftig gewordene Verurtheilung zu verstehen sei, hat das O.A.G. schon in anderen Fällen ausgesprochen, dagegen kann zur Abfassung eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 nicht eher geschritten werden, als bis die betreffenden älteren Entscheidungen Rechtskraft erlangt haben."

Sowohl in den bayerischen wie in den sächsischen Entscheidungen wird zur Begründung auf den Sprachgebrauch des St.G.B.'s hingewiesen, weil dieses in Fällen, wo es auf die Rechtskraft einer Verurtheilung, wie in den §§ 5, 93 und 190, Gewicht lege, das

Beiwort „rechtskräftig" gebrauche. So spricht § 93 von der „rechtskräftigen Beendigung einer Untersuchung wegen Hochverraths," den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des gesprochenen Urtheils meinend. Daß auch der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens eine noch nicht rechtskräftig gewordene Bestrafung als eine Verurtheilung bezeichne, erkennt selbst das Ober=Tribunal an und wenn ferner, wie demselben zuzugeben ist, „dieser Ausdruck, der in verschiedener Bedeutung gebraucht werden kann, bei Erforschung des Sinnes einer gesetzlichen Bestimmung stets so aufzufassen ist, wie die leitend gewesenen Principien an die Hand geben," so meinen wir, daß diese nach unseren obigen Ausführungen doch nur zu der Auslegung führen können, daß der Zeitpunkt der Verkündigung des Urtheils gemeint sei und zwar, wie wir noch erläuternd hinzufügen müssen, des ersten verurtheilenden Erkenntnisses, also nicht desjenigen erster Instanz. Die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Dresden vom 13. März 1874 läßt sich gerade auch hierüber aus und verwirft die Ansicht des unteren Gerichtes, daß der § 79 anzuwenden gewesen, weil die noch abzuurtheilende Strafthat noch vor der Publikation des zweitinstanzlichen Erkenntnisses bezüglich der andern Strafthat begangen sei, mit den Worten: „Daß diese Auffassung nicht richtig sei, kann einem begründetem Zweifel nicht unterliegen, da bereits der erstinstanzliche Bescheid die Verurtheilung enthielt und durch jene zweitinstanzliche Entscheidung nur bezüglich der Strafnormirung eine Abänderung erlitt."

Abgesehen davon, daß die gegentheilige Ansicht zu mannigfachen Schwierigkeiten und nach den verschiedenen Proceßgesetzgebungen zu verschiedenen Resultaten führt, so kann in der That, wenn einmal nicht der Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft entscheidend ist, unter der „früheren Verurtheilung" nur die Publikation des ersten verurtheilenden Erkenntnisses verstanden werden, denn mag hier eine höhere oder niedere Strafe für angemessen erachtet sein, als wie sie demnächst der zweite Richter festsetzt, so enthält dasselbe doch immer schon die Verurtheilung. Dies muß selbst dann gelten, wenn das erste Urtheil resp. das ihm vorangegangene Verfahren

demnächst vernichtet und erst dann in einem neuen Verfahren die Verurtheilung wieder ausgesprochen wird. Schwarze läßt dieses kontrovers, ohne sich zu entscheiden (Kommentar S. 305 f.). Auch kommt hier in Betracht, was die beiden Erkenntnisse des bayerischen Kassationshofes ziemlich gleichlautend hervorheben, indem sie sagen: „Als den Zeitpunkt, bis zu welchem eine verübte That als zusammentreffend erachtet werden darf, hält der Gesetzgeber die frühere Verurtheilung fest, ohne die Rechtskraft zu erwähnen, offenbar deshalb, weil der Verbrecher, welcher kaum verurtheilt und vor dem Strafvollzuge zu neuen Uebelthaten übergeht, sich einer besondern milden Beurtheilung seines Verfahrens unwürdig macht.“ Dies ist richtig, denn für den auch in den weiteren Instanzen und zwar schließlich rechtskräftig Verurtheilten war das zuerst eine Strafe aussprechende Erkenntniß eine hinreichende Warnung;[14]) er verdient dann für die erst nachher begangene neue Strafthat die volle Strafe, wie diese auch dann ohne weiteres stehen bleibt, wenn wegen der früheren That demnächst noch eine Freisprechung des Angeklagten in den höheren Instanzen erfolgen sollte.

Schütze führt im Lehrbuch S. 202 A. 19 dafür, daß nicht der Zeitpunkt der Verkündigung, sondern derjenige des Eintritts der Rechtskraft des Urtheils gemeint sei, noch an, daß diese Auslegung die für den Angeklagten günstigere sei. Dies ist unzweifelhaft, es dürfte aber das in dubio mitius hier keine Anwendung finden, weil die Zweifel, welche sich auf den ersten Blick zu ergeben scheinen, durch die Klarstellung des legislatorischen Gedankens in Verbindung mit dem gebrauchten Wortausdrucke gelöst scheinen.

Glauben wir sonach festgestellt zu haben, daß als der entscheidende Zeitpunkt die Verkündigung des ersten verurtheilenden Erkenntnisses anzusehen sei, so bleibt jetzt noch die Frage zu beantworten, ob Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen des § 79 sei, daß jenes zur Zeit der Aburtheilung der noch in Frage stehenden Strafthat bereits rechtskräftig geworden sei?

---

[14]) So auch Harseim im Gerichtssaal B. 27 S. 469.

Daß ein Erkenntniß, welches durch die inzwischen erlangte Rechtskraft unabänderlich geworden, ungleich geeigneter sei, die Grundlage für eine nach § 79 St.G.B.'s zu erkennende Zusatzstrafe abzugeben, als ein noch nicht rechtskräftiges, läßt sich nicht verkennen. Daraus folgt aber noch nicht, daß — wie Schütze Lehrbuch S. 202 A. 19 meint — überhaupt erst eine rechtskräftige Verurtheilung dazu geeignet sei. Diese auch von Schwarze (Nachtrag 1 zu § 79 des Kommentars) und neuerdings von Harseim im Gerichtssaal B. 27 S. 470 vertretene Ansicht hat auch in der Praxis Eingang gefunden und zwar nicht blos bei den preußischen unteren Gerichten — wie die Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 26. April und 8. November 1871 (Rechtsprechung B. 12 S. 234 u. 569 f.) beweisen —, sondern auch beim Ober-Appellationsgericht zu Dresden, indem dieses noch in dem bereits oben S. 52 erwähnten Erkenntnisse vom 1. August 1873 aufgestellt hat, daß zur Abfassung eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 nicht eher geschritten werden könne, als bis die betreffenden älteren Entscheidungen Rechtskraft erlangt hätten. Vor Eintritt dieses Zeitpunktes, wird ausgeführt, und solange als eine dabei in Frage kommende ältere Entscheidung in Folge eines dagegen eingewendeten Rechtsmittels noch abgeändert werden könne, gebreche es an der erforderlichen sicheren Grundlage für die Feststellung einer Gesammtstrafe und würde sich der Richter überhaupt noch gar nicht in der Lage befinden, definitiv auf eine Gesammtstrafe zu erkennen, sondern nur ev. ein Nachtragserkenntniß ertheilen können; dieses Verfahren würde jedoch nicht der Vorschrift des § 79 entsprechen und im Falle einer späteren Abänderung der betreffenden früheren Entscheidung leicht große Verwirrungen herbeiführen können. Das Ober-Tribunal, welches an seiner Ansicht demnächst festgehalten hat (vgl. z. B. das Erkenntniß vom 7. September 1875, Rechtsprechung B. 16. S. 557 f.), erklärt dagegen in der vorerwähnten Entscheidung vom 8. November 1871 durch eine derartige Annahme „die ausdrückliche Vorschrift" des § 79 verletzt. Dem wird man beitreten müssen, denn dieser Paragraph enthält keinerlei Bestimmung dahin, daß die frühere

Verurtheilung inzwischen rechtskräftig geworden sein müsse. Eine ungerechtfertigte Beschränkung des Angeklagten würde es deshalb sein, wenn man ihm, für den Fall, daß das frühere Erkenntniß zur Zeit der Aburtheilung der anderen That noch nicht die Rechtskraft beschritten haben sollte, die Wohlthat des § 79 und resp. der §§ 74—78 versagen wollte, denn darin würde geradezu eine Beschränkung in der Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln liegen. Wie zu verfahren, wenn das frühere Erkenntniß noch nicht rechtskräftig geworden, ist eine andere weiter unten zu erörternde Frage, keinenfalls aber verbietet der § 79 in dem zu fällenden Urtheile Festsetzungen zu treffen, sowohl für den Fall der Bestätigung als auch der Abänderung der früheren Verurtheilung. Für den letzteren Fall „Verwirrungen" fern zu halten, wird Aufgabe entsprechender präciser Urtheilsfassung sein. (Vgl. unten die Ausführungen in diesem Absch. III unter 2. b.)

Hierdurch werden auch die Ausführungen Harseims a. a. O. S. 470 f. widerlegt, der davon ausgeht, daß der zweite Richter in Betreff der früher entschiedenen Strafhandlung an den Ausspruch des ersten gebunden sei, daß er nur für die ihm zur Aburtheilung unterbreitete und die früher entschiedene That nach § 74 eine Gesammtstrafe zu bestimmen habe, für welche die Strafabmessung des früher entschiedenen und des nachträglich zur Aburtheilung gelangenden Falles die Unterlagen bildeten; erst dann aber, wenn das verurtheilende Erkenntniß rechtskräftig geworden, stehe für den zweiten Richter die Ueberführung des Angeschuldigten wegen einer strafbaren Handlung und die dafür erkannte Strafe fest; bis dahin könne sie abgeändert werden, wenn dies aber geschehe, würde das eigene Erkenntniß des zweiten Richters, obgleich es an sich die Rechtskraft erlangte, hinfällig werden, da der Strafberechnung die Unterlagen, auf die sie sich stütze, entzogen werden würden. Der Fehlschluß dieser Deduktion liegt darin, daß durch eine spätere Abänderung des früher gefällten, aber noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses das später ergangene, soweit es die in ihm zur Aburtheilung gekommene Strafthat betrifft, durchaus nicht hinfällig zu werden braucht, daß vielmehr nur die Gesammt-

strafe außer Anwendung tritt, während die erkannte Einzelstrafe zur Vollstreckung gebracht werden muß. Was die fernere Behauptung Harseims betrifft, es ergebe schon der Zusammenhang, daß sich der Gesetzgeber die fragliche Strafe als eine rechtskräftige gedacht habe, indem § 79 bestimme, daß die erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sein dürfe, so bemerkten wir schon oben S. 49, daß zwischen dieser Bedingung und der „früheren Verurtheilung" gar kein Zusammenhang bestehe, indem sich die eine auf die Urtheilsfällung, die andere aber auf Begehung der Strafthat beziehe.

Auch die dritte Voraussetzung für die Anwendung des § 79, d. h. die demnächstige Verurtheilung wegen der „vor der früheren Verurtheilung" begangenen That „bevor die durch diese erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist" bedarf nach ihren beiden Richtungen hin der Erörterung.

Zunächst ist hinsichtlich der Beschränkung „bevor eine Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist" hervorzuheben, daß dieser Ausdruck von der vollständigen Verbüßung u. s. w. zu verstehen ist. Dies ergeben die Motive klar, wenn es dort heißt, daß es aus praktischen Gründen geboten erschienen, die Ertheilung des Nachtragserkenntnisses auf den Fall zu beschränken, wenn die früher erkannte Strafe durch Verbüßung noch nicht erledigt sei. Ausdrücklich wird dieses anerkannt von Schütze Lehrbuch S. 201 in den Worten „mit dem Abschluß der Strafverbüßung oder anderweiten Tilgung," sowie von Rüdorff Kommentar A. 2 zu § 79, endlich von Oppenhoff Kommentar A. 21 zu § 79, von letzterem mit dem Bemerken, daß das Gegentheil nicht aus den Worten „bevor eine erkannte Strafe verbüßt rc." zu folgern sei, da das Wort „eine" nicht den Gegensatz gegen „mehrere" gleichzeitig verhängte Strafen bezeichne. Demgemäß genüge es nicht, wenn die verhängte Freiheitsstrafe gänzlich verbüßt ist, insofern die Geldstrafe noch nicht vollständig vollstreckt sei. „Dagegen, heißt es weiter, schließt der Umstand, daß die Folgen einer Verurtheilung (§ 31) noch fortdauern, oder daß die Frist noch nicht abgelaufen ist, für welche die auf Zeit erkannten Ehrenstrafen, sowie die Zu-

lässigkeit der Polizeiaufsicht erkannt war, jene Wirkung nicht aus, weil die betr. Strafen von selbst und ohne den äußeren Vollstreckungsakt wirksam, also überhaupt nicht „verbüßt" werden, und ebenfalls auch nicht verjähren." Diesen Bemerkungen wird man sich durchweg anschließen können. [15])

Uebrigens bestehen die getheilten Ansichten über die legislatorische Zweckmäßigkeit einer solchen Beschränkung, die sich sowohl bei der Redaktion der Entwürfe des St.G.B.'s (vgl. § 66 Entw. I mit § 77 Entw. II) als bei der Debatte im Reichstage (vgl. Schwarze Kommentar S. 305) kund gaben, noch fort (vgl. Schütze Lehrbuch S. 203 A.22, und Meyer Lehrbuch S. 337 A.12).

Der positive Theil dieser Voraussetzung „der Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung" ist stets von dem ersten verurtheilenden Erkenntnisse zu verstehen. Dieser Zeitpunkt bleibt entscheidend, zunächst zur Feststellung des Verhältnisses zu der „früheren Verurtheilung," d. h. es entscheidet, da auch unter diesem nach unsern obigen Ausführungen (S. 53) stets das erste verurtheilende Erkenntniß zu verstehen war, darüber, welches im Verhältniß zu der anderen die frühere, welches die spätere Verurtheilung sei, stets die hinsichtlich der betreffenden Strafthaten gefällten ersten verurtheilenden Erkenntnisse. Beging z. B. A. am 1. Januar einen Diebstahl, wegen dessen er am 15. in erster Instanz verurtheilt wurde, darauf am 20. einen zweiten Diebstahl, wegen dessen Verurtheilung am 1. Februar erfolgte, so kann — wenn, in Folge eines gegen das Erkenntniß vom 15. Januar eingelegten Rechtsmittels, über die That vom 1. Januar am 15. Februar ein zweitinstanzliches bestätigendes Erkenntniß ergeht, — dieses im Verhältniß zu dem Erkenntnisse vom 1. Februar dennoch nicht als das „spätere" aufgefaßt werden; es kommt vielmehr auf die wegen beider Strafen verurtheilenden

[15]) Vgl. auch die N. 22 bei Oppenhoff Kommentar, woselbst bemerkt wird, daß die vollständige Verbüßung der Strafe die Anwendung der §§ 74—78 auch dann ausschließe, wenn die Strafverfolgung von dem Verletzten und nicht von der Staatsanwaltschaft ausgehe, trotzdem die Möglichkeit einer Chikane Seitens des Verletzten nicht ausgeschlossen sei.

ersten Erkenntnisse an und ist deshalb die Verurtheilung wegen der That vom 1. Januar die „frühere“ im Verhältniß zur Verurtheilung wegen der That vom 20. Januar. Die Folge hiervon ist, daß auch in der zweitinstanzlichen Entscheidung vom 1. Februar nicht „zusätzlich“ erkannt werden kann. Für die Beurtheilung, ob die Voraussetzungen des § 79 vorliegen, kommen die beiden ersten Verurtheilungen in Betracht und waren jene Voraussetzungen deshalb nach unseren früheren Ausführungen hier nicht für vorliegend zu erachten. Der gedachte Zeitpunkt bleibt aber auch entscheidend, wie Oppenhoff Kommentar N. 23 zu § 79 hervorhebt, falls zwischen der Entscheidung erster und derjenigen einer höheren Instanz die durch die frühere Verurtheilung verhängte Strafe verbüßt sein sollte.

War die Verurtheilung bereits in erster Instanz vor Vollendung der Verbüßung erfolgt, so ist dem Angeschuldigtem die Anwendbarkeit der Grundsätze der §§ 74—75 erworben, sollte auch die Verbüßung vor Fällung des Urtheils zweiter Instanz vollendet werden und dieses auch sogar die Verurtheilung erster Instanz nicht völlig bestätigen, sondern in etwas abändern. War dagegen in erster Instanz eine Freisprechung erfolgt, so kann der höhere Richter die Grundsätze der Realkonkurrenz bei einer seinerseits ausgesprochenen Verurtheilung nicht anwenden, wenn inzwischen die frühere Strafe vollständig verbüßt war.

2. Die Anwendung der Vorschriften der §§ 74—78 St.G.B. beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 79.

Hat der Richter eine oder mehrere Strafthaten abzuurtheilen, bezüglich deren die Voraussetzungen des § 79 vorliegen, so hat er zunächst über eine jede derselben selbstständig zu befinden, namentlich auch für eine jede die Strafe besonders auszumessen. Liegen gleichzeitig noch eine oder mehrere Strafthaten vor, hinsichtlich deren die Voraussetzungen des gedachten Paragraphen nicht zutreffen, so ist auch für eine jede von diesen zunächst die Strafe zu bemessen. Die bei einer solchen Kombination entstehenden

„besonderen Schwierigkeiten", auf die Schwarze Kommentar S. 307 deutet, ohne sie näher hervorzuheben, werden weiter unten zu erörtern sein.

Für diejenigen strafbaren Handlungen, welche unter die Bestimmung des § 79 fallen, sowie für die bezüglichen einzelnen oder mehreren Strafthaten, welche bereits früher der Aburtheilung unterlagen, hat alsdann der Richter gemäß den Vorschriften der §§ 74—78 die Strafe zu bestimmen. Indem wir die von der Realkonkurrenz an sich geltenden Grundsätze hier im Einzelnen nicht rekapituliren können, da dieses außerhalb unserer Aufgabe liegen würde, beschränken wir uns auf die Erwähnung, daß der Richter entweder von einer Einsatzstrafe ausgehend eine Gesammtstrafe festzusetzen, oder, wenn etwa die §§ 75 Abs. 1, 77 Abs. 1 bzw. 78 Abs. 1 Anwendung finden, die Strafen zwar zu kumuliren hat, jedoch unter Beobachtung der besonders in §§ 75 Abs. 3 und 78 Abs. 2 gegebenen restriktiven Vorschriften.

Bei dem dabei einzuschlagendem Verfahren ist der zweite Richter, wie Oppenhoff Kommentar N. 6 zu § 79 bemerkt, „an die wegen des ersten Falles früher getroffene Entscheidung in der Weise gebunden, daß er weder in Betreff der thatsächlichen Feststellung noch rücksichtlich des angewendeten Gesetzes, noch endlich hinsichtlich des arbitrirten Strafmaßes eine Abänderung vornehmen darf, dieses Strafmaß vielmehr der Gesammtbestrafung so zum Grunde legen muß, als hätte er es selbst für diesen Fall als angemessen erkannt." Aehnlich, jedoch ohne Hervorhebung dessen, daß auch an sich das erkannte Strafmaß feststeht, drücken sich Schütze Lehrbuch S. 202 und — weniger präcise — Schwarze Kommentar S. 307 aus. Jener unzweifelhaft richtige Satz ergiebt sich aus der Natur der Sache,[16]) wie andererseits derjenige, daß die Strafbestimmung schließlich dennoch gemäß den §§ 74—78 eine Abänderung erfahren dürfe, und daß insoweit selbst die etwaige Rechtskraft des früheren Urtheiles nicht entgegenstehe, aus

[16]) Ueber eine Modifikation vgl. unten die Ausführungen im Texte zu A. 20.

der positiven Vorschrift des § 79 folgt. Die Abänderung der früheren Strafe darf aber nur Folge der ebengedachten gesetzlichen Vorschriften, nicht des subjektiven Urtheils des zweiten Richters über die Strafbarkeit der bereits früher abgeurtheilten Handlung sein.

a. Das Verhältniß der früheren Strafe zu der späteren ihrer Schwere nach.

α. Im Falle einer zu verhängenden Gesammtstrafe.

Es sind hier die einzelnen Möglichkeiten durchzunehmen.

1. Die frühere Strafe ist die schwerere und zwar:

a. der Strafart nach.

Dieser Fall tritt ein, wenn gegen den Angeklagten durch die frühere Verurtheilung auf Zuchthaus erkannt war und wegen der später zur Aburtheilung kommenden That an sich auf Gefängniß oder Festungshaft zu erkennen ist. Um die in solchem Falle zu verhängende Gesammtstrafe zu gewinnen, muß die Zuchthausstrafe, als die der Art nach verwirkte schwerste Strafe, nach § 74 Abs. 2 erhöht werden und äußert sich deshalb der Einfluß des früher ergangenen Erkenntnisses auf die jetzt abzuurtheilende That dahin, daß nicht, wie an sich geschehen sollte, auf Gefängniß oder Festungshaft erkannt werden kann, sondern diese Strafen nach dem im § 21 gegebenen Maßstabe in Zuchthausstrafe umgewandelt werden müssen.

Wenn auch beim Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen die Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe eintritt, so bleibt doch der Satz, daß die Gesammtstrafe in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht, daneben bestehen und so bestimmt sich auch im vorliegenden Falle die „Einsatzstrafe", d. h. nach den Motiven Abs. 4 zu § 74 (§ 72 Entw. II) die der Erhöhung zu Grunde zu legenden Strafe darnach, welche von beiden — die frühere oder die spätere — nach der Umwandlung der letzteren in Zuchthausstrafe die schwerere sei.

Ist die frühere Strafe die schwerere, so steht der Fall jetzt dem nunmehr zu behandelnden gleich, daß sie nämlich von vornherein die schwerere war:

b. der Dauer nach.

Die frühere Strafe ist alsdann zu erhöhen, jedoch unter der sich aus § 74 Abs. 3 ergebenden doppelten Beschränkung, daß das Maß der Gesammtstrafe einmal den Betrag der verwirkten Einzelstrafen, wie sie sich ursprünglich oder ev. nach der Umwandlung in Zuchthaus [17]) ergaben, dann aber fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängniß oder fünfzehnjährige Festungshaft — letzteres beides, wenn diese beiden Strafarten nur unter sich konkurriren — nicht übersteigen darf.

Ganz korrekt würde der Richter allerdings verfahren, wenn er auch in diesen Fällen die Gesammtstrafe im Tenor ausspräche und wenn es sich z. B. um einen Diebstahl handelte, folgender Maßen tenorirte:

„daß der Angeklagte des Diebstahls schuldig und dafür sowie für die durch das Erkenntniß vom (Datum des früheren Erkenntnisses) festgestellte Strafthat, unter Wegfall der in diesem ausgesprochenen Strafe, mit einer Gesammtstrafe von . . . zu belegen."

Eine derartige Tenorirung verlangt Meyer Lehrbuch S. 337 A. 11 und auch Schwarze Kommentar S. 307 wenn er sagt: „Jedenfalls ist es nothwendig, daß der Richter bei Anwendung des § 79 eine völlig neue Strafe erkennt und nur, nach Befinden, bestimmt, daß sie auf die etwa schon verbüßte Strafzeit abgerechnet werde, — keineswegs genügt es, wenn der Richter im Erkenntnisse nur einen Zuschlag zu der bereits erkannten Strafe verfügt." Allein das dort angezogene Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 6. September 1872 (Rechtsprechung B. 13 S. 438 ff; Goltdammer B. 20 S. 442) verlangt dieses nicht, denn es sprach die Vernichtung eines Erkenntnisses nur deshalb aus, weil in diesem für mehrere zur Aburtheilung stehende Strafthaten die Strafen überhaupt nicht vorher einzeln ermittelt waren. Auch handelt die Praxis nicht demgemäß, sondern es verhängen die Gerichte in solchen Fällen wohl ausnahmslos

---

[17]) Vgl. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 27. März 1872, Rechtsprechung B. 13 S. 225 ff. und bei Goltdammer B. 20 S. 194 f.

sog. Zusatzstrafen, wie dies auch von Rüdorff Kommentar N. 4 und besonders Oppenhoff Kommentar N. 9 und 10 zu § 79 St.G.B. gebilligt wird. Dieses muß auch für ausreichend erachtet werden und kann ein Urtheil, wenn dasselbe nur im Uebrigen ersichtlich macht, daß die den Angeklagten schließlich für die konkurrirenden Fälle treffende Strafe den Vorschriften der §§ 74—78 gemäß arbitrirt sei, deshalb weil der Ueberschuß der richtig gewonnenen Gesammtstrafe nur „zusätzlich" zu der im früheren Urtheil verhängten Strafe erkannt wird, nie der Vernichtung unterliegen, da materiell richtig verfahren und keine wesentliche Prozeßvorschrift verletzt ist. Die Entscheidung der Frage, ob bei einer solchen zusätzlich erkannten Zuchthausstrafe ev. auch unter einen vollen Monat auf einzelne Tage trotz der Vorschrift des § 19 Abs. 2 hinuntergegangen werden könne, muß nothwendig davon abhängen, ob man dieses bei Bestimmung der Gesammtstrafe nach § 74 in dem Falle für zulässig hält, wenn „neben der auf Zuchthausstrafe lautenden Einsatzstrafe, deren Erhöhung auszusprechen ist, die anderen Einzelstrafen in solchen Freiheitsstrafen bestehen, daß ihr nach § 21 in Zuchthausstrafe umgewandelter Gesammtbetrag übersteigen würde, wenn die Erhöhung der Gesammtstrafe auch nur um einen Monat ausgesprochen wird." Diese Konsequenz zieht das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 28. Februar 1872 (Rechtsprechung B. 13 S. 183 ff.), gelangt aber in Verfolg des Plenarbeschlusses vom 22. Januar 1872 (daselbst S. 61 ff.), welcher die Vorschrift, daß die Dauer einer Zuchthausstrafe nur nach vollen Monaten bemessen werden dürfe, nicht auf den Fall bezog, wo eine andere Strafe in Zuchthaus umzuwandeln ist, zu dem Resultate, „daß in diesem Falle die Erhöhung, im Falle des § 79 also die Zusatzstrafe, obwohl auf Zuchthausstrafe lautend, nach vollen Tagen zu bemessen sei." Dieselbe Konsequenz zieht auch mit der Begründung, daß dadurch, daß sich mehrere Gerichte oder mehrere Urtheile in das Bemessen der verwirkten Strafe theilen, diese rechtlich keine andere werden könne, neuerdings das Erkenntniß des badensischen Oberhofgerichts vom 3. April 1875 (Stenglein

B. 5 S. 6 ff.), kommt jedoch, da es die Vorschrift des § 19 Abs. 2, die ganz allgemein und vorbehaltlos lautet, auch beim Bemessen der Gesammtstrafe des § 74 anwendet, zu dem entgegengesetzten Resultate. Hieraus erhellt, daß die Entscheidung der Streitfrage außerhalb unserer Aufgabe liegt und begnügen wir uns mit einem Hinweis auf die in dem letzteren Erkenntnisse angeführte Litteratur über dieselbe, welcher wir nur noch Meyer Lehrbuch S. 275 A. 22 hinzufügen.[18])

Stellt sich nach der Umwandelung der späteren Strafe in Zuchthausstrafe heraus, daß diese der Dauer nach die schwerere sei, so liegt der Fall demjenigen gleich, wenn von vornherein:

2. die spätere Strafe die schwerere ist und zwar:

a. der Dauer der Strafe nach,

denn alsdann ist hier wie dort die spätere Strafe als Einsatzstrafe zur Gesammtstrafe zu erhöhen.

War z. B. in jenem Falle früher auf ein Jahr Zuchthaus erkannt, für die später zur Aburtheilung kommende That an sich dagegen eine dreijährige Gefängnißstrafe arbitrirt, so ist letztere nach ihrer Umwandelung in zweijähriges Zuchthaus auf etwa zwei Jahre und sechs Monate zu erhöhen; in gleicher Weise ist die Einsatzstrafe zu erhöhen, wenn früher auf ein Jahr und jetzt auf zwei Jahr Zuchthaus erkannt wurde. Eine Nichtigkeit kann jedoch wiederum nicht darin liegen, wenn in solchen Fällen dahin tenorirt wird, daß „zusätzlich" auf ein Jahr sechs Monate Zuchthaus zu erkennen sei, und nicht vielmehr auf die ermittelte Gesammtstrafe unter Wegfall der früher erkannten Strafe.[19])

---

[18]) Oppenhoff, Kommentar N. 3 zu § 19 ist jedoch auch für die Frage der realen Konkurrenz und die nach § 74 zu bildende Gesammtstrafe der Ansicht des Ober-Tribunals beigetreten, wenn er sich auch fälschlich dafür auf Ruhstraat im Gerichtssaal B. 23 S. 80 (statt S. 81) bezieht. Das Citat in der Entscheidung des bad. Oberhofgerichtes muß übrigens lauten: Stenglein B. 3 (statt B. 2) S. 51.

[19]) Oppenhoff Kommentar N. 9 u. 10 zu § 79 spricht in diesen Fällen, die er übrigens von den vorher von uns besprochenen nicht unterscheidet, von einem „zusätzlichen" Erkennen.

Wenn endlich die spätere Strafe die schwerere ist:

b) der Art nach,

so ist zunächst die früher erkannte Gefängniß- oder Festungsstrafe in Zuchthaus umzuwandeln und diejenige Strafe, die alsdann der Dauer nach die schwerere wird, als Einsatzstrafe zur Gesammtstrafe zu erhöhen. Da aber zu der früheren, als der der Art nach leichteren Strafe, unmöglich zusätzlich erkannt werden kann, so ist die Gesammtstrafe im Tenor des späteren Erkenntnisses auszusprechen, indem gleichzeitig die frühere Strafe als „wegfallend" zu bezeichnen ist. Dieser letztere Ausdruck scheint wenigstens vor dem von Rüdorff Kommentar N. 4 Abs. 2 zu § 79 gebrauchten der „Erledigung der früheren Strafe" den Vorzug zu verdienen.

In der gedachten Weise ist das Ober-Tribunal in den Erkenntnissen vom 15. Juni 1872 und 23. September 1873 (Rechtsprechung B. 13 S. 361 und B. 14 S. 568) verfahren. Auch das oben A. 10 citirte Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes zu Dresden erkennt an, daß in dem späteren Urtheile auf die volle Gesammtstrafe zu erkennen sei, allein es irrt in der Ansicht, daß es sich in dem zur Beurtheilung stehenden Falle blos um eine rein formelle Frage gehandelt habe, indem der spätere Richter von der Gesammtstrafe von vier Jahren Zuchthaus die früher erkannte sechsmonatliche Gefängnißstrafe nach ihrer Geltung mit vier Monaten Zuchthaus in Abzug gebracht und nur eine Zuchthausstrafe von drei Jahren acht Monaten ausgesprochen habe, denn der Angeklagte verbüßt nach diesem Erkenntniß erstens die früher erkannte sechsmonatliche Gefängnißstrafe, alsdann nach dem späteren Erkenntniß drei Jahr acht Monate Zuchthaus, also zusammen vier Jahr zwei Monate Freiheitsstrafe, während er andernfalls und unter der Voraussetzung, daß das Urtheil völlig zur Vollstreckung kommt, (vgl. oben A. 10) nur vier Jahre Zuchthaus, also zwei Monate Freiheitsstrafe weniger, verbüßen würde; insofern hat das vom späteren Richter erster Instanz beobachtete Verfahren dennoch zu einer für den Angeklagten in gewisser Weise härteren Strafe geführt und lag für ihn wohl ein Grund zur Beschwerde

vor, die auch, da das Strafgesetz materiell verletzt war, zu einer Vernichtung des angegriffenen Erkenntnisses führen mußte.

Alle eben angedeuteten Maßnahmen haben ev. auch einzutreten, wenn mehrere Verurtheilungen vorhergegangen sind, welche Konkurrenzfälle betreffen, falls nur bezüglich einer jeden derselben und der noch abzuurtheilenden That die Voraussetzungen des § 79 vorliegen. Ob bei einer der Vorbestrafungen das Vorliegen der Realkonkurrenz gemäß § 79 übersehen oder ob bei einer jeden der aufeinanderfolgenden Aburtheilungen der § 79 berücksichtigt worden, ist gleichgültig, denn jetzt ist jedenfalls die für den zuletzt zur Aburtheilung kommenden Fall an sich arbitrirte Strafe mit den einzelnen früher erkannten Strafen in Vergleich zu ziehen, so daß es auf eine etwa früher schon erkannte Gesammtstrafe nicht ankommt. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 14 zu § 79.)

Dies letztere gilt auch für den Fall, wenn zwar nur ein früheres Erkenntniß vorliegt, dasselbe sich aber auf mehrere Strafthaten bezieht. (Oppenhoff ebendaselbst.) Es entsteht hier eine Schwierigkeit, wenn — was allerdings in der Praxis noch häufig geschieht — verabsäumt worden ist, die Strafen für die einzelnen Vergehen festzustellen und nur auf eine Gesammtstrafe erkannt worden ist. Diese Omission muß nothwendig nachgeholt werden, denn wenn selbst für die früheren Fälle nur auf dieselbe Strafart erkannt ist, mit welcher auch der jetzige Fall zu belegen, z. B. drei Diebstähle zusammen mit einem Jahr Gefängniß bestraft wurden, während für den noch abzuurtheilenden Fall an sich sechs Monate angemessen erscheinen, so kann doch die zu verhängende Gesammtstrafe nur dann dem Gesetze gemäß bemessen werden, wenn zuvor feststeht, welches die Einsatzstrafe sei. Es mag allerdings sein, daß der Richter lediglich durch einen Zusatz zu der früheren Strafe, im gegebenem Falle etwa von drei Monaten, zu demselben Resultat gelangt, als wenn er die schwerste Strafe für die vier Fälle, als Einsatzstrafe, zu der Gesammtstrafe erhöhen würde, z. B. wenn er die höchste Gefängnißstrafe von acht Monaten mit Rücksicht auf die weiter als angemessen erachteten Strafen von vier, vier und sechs Monaten um die Hälfte dieser auf ein Jahr drei Monate Ge-

fängniß erhöht — aber es läßt sich nicht sagen, daß er auf beiden Wegen nothwendig zu demselben Resultate gelangen müsse und deshalb würde sein Erkenntniß eine Nichtigkeit enthalten, wenn er die Strafe nicht den Vorschriften der §§ 74—78 gemäß bestimmte. In dem gedachten Falle wird also der spätere Richter das frühere Erkenntniß insoweit zu ergänzen haben, daß er auf Grund der festgestellten Strafthaten einerseits und der erkannten Gesammtstrafe andererseits selbstständig zur Arbitrirung der Strafen für die einzelnen Fälle schreiten muß; er hat dabei die „Einsatzstrafe" jedenfalls niedriger als die erkannte Gesammtstrafe zu bemessen, da sie wegen der realiter konkurrirenden Fälle nach § 74 Abs. 1 zu erhöhen ist. Die auf diese Weise nachträglich selbstständig festgestellten Einzelstrafen[20]) hat der Richter alsdann mit der für den noch abzuurtheilenden Fall an sich als angemessen erachteten Strafe in Vergleich zu ziehen und bezüglich ihrer nach den §§ 74—78 zu verfahren. Dieses eben beschriebene von einem späteren Richter hinsichtlich einer früheren Verurtheilung nachträglich anzustellende Verfahren korrespondirt im Wesentlichen mit demjenigen, welches das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 29. Oktober 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 723) unter gewissen Voraussetzungen für den Fall als nothwendig erachtet hat, wenn die in einem früheren Urtheile ausgesprochene Substitution einer Freiheits- für eine Geldstrafe nichts über den dabei angewendeten Maßstab (§ 29 St.G.B.) besagt.

Eine „besondere Schwierigkeit" entsteht — und damit kommen wir zu dem am Eingange dieses Abschnittes (S. 60) bereits angedeuteten Punkte —, wenn in dem späteren Verfahren mehrere Strafthaten abzuurtheilen sind, von denen ein Theil unter die Bestimmungen des § 79 fällt, ein anderer dagegen nicht, weil die betr. That erst nach der früheren Verurtheilung begangen worden. In einem solchen Falle müssen die milderen Bestimmungen der §§ 74—78 zur Anwendung gebracht werden, einmal hinsichtlich der bezüglichen früher bereits abgeurtheilten Strafthat und der-

---

[20]) Vgl. oben S. 60 A. 16.

jenigen noch abzuurtheilenden, hinsichtlich welcher die Voraussetzungen des § 79 vorliegen, dann aber hinsichtlich der noch abzuurtheilenden Strafthaten unter sich. Ein solcher Fall lag dem oben S. 62 erwähnten Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 6. September 1872 zu Grunde: der Angeklagte war wegen eines am 13. März 1871 verübten schweren Diebstahls am 16. November desselben Jahres zu fünf Jahren Zuchthaus verurtheilt worden; in der jetzigen Untersuchung handelte es sich um einen in der Nacht zum 6. Juni desselben Jahres ausgeführten Diebstahl und eine am 4. Februar 1872 verübte Sachbeschädigung. Unsere Frage kam aber deshalb nicht zur Entscheidung, weil die Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses schon mit Rücksicht darauf ausgesprochen werden mußte, daß lediglich zusätzlich auf drei Jahre Zuchthaus erkannt worden war, ohne daß die Strafen für den Diebstahl und die Sachbeschädigung einzeln ermittelt waren.

Bezeichnen wir die Strafe für die bereits abgeurtheilte That mit a, diejenige für die noch abzuurtheilende, welche unter die Bestimmung des § 79 fällt, mit b, und diejenige für die nicht darunter fallende Strafthat mit c, so sind zunächst folgende Kombinationen möglich:

1) b ist schwerer als a und als c, z. B. b = 3 Jahren Gefängniß, a = 2 und c = 1 Jahre;

2) Sowohl a als auch c sind schwerer als b, z. B. a = 3, b = 1 und c = 2 Jahren;

3) b ist schwerer als a, aber weniger schwer als c, z. B. a = 1, b = 2 und c = 3 Jahren;

4) b ist schwerer als c, aber weniger schwer als a, z. B. a = 3, b = 2 und c = 1 Jahre;

Die Strafe für die drei in Frage stehenden Uebelthaten ist nun derartig zu finden, daß auf die Strafen a und c unter sich die Vorschriften der §§ 74—78 überhaupt nicht, dieselben dagegen hinsichtlich b sowohl in Rücksicht auf a als auf c zur Anwendung gebracht werden müssen. Hiernach sind die Fälle so zu behandeln, daß

zu 1) b die Einsatzstrafe sowohl im Verhältniß zu a, als auch zu c bildet; b muß also erhöht werden, einmal wegen a etwa um

ein Jahr, dann wegen c etwa um ein halbes Jahr. Dies ergiebt, für alle drei Vergehen zusammen gerechnet, eine Strafe von vier und einem halben Jahr, die im Sinne des St.G.B. nicht als „Gesammtstrafe" bezeichnet werden darf.

Zu 2) bilden sowohl a als auch c im Verhältniß zu b die Einsatzstrafen; beide sind mit Rücksicht auf b zu erhöhen, a an sich etwa auf drei ein halbes und c etwa auf zwei drei viertel Jahr; da aber nicht die beiden Erhöhungen wegen derselben Strafe zur Vollstreckung gelangen dürfen, so kommt dafür nur die größere Erhöhung, also die von drei viertel Jahren, in Betracht und ergiebt sich für die drei Vergehen zusammen eine Strafe von fünf drei viertel Jahren.

Zu 3) bildet b im Verhältniß zu a die Einsatzstrafe, ist daher etwa auf zwei drei viertel Jahre zu erhöhen, dagegen ist c die Einsatzstrafe im Verhältniß zu b, daher etwa auf vier Jahre zu erhöhen. b kann daher, weil in diesen vier Jahren schon mit enthalten, nicht neben denselben nochmals vollstreckt werden, sondern es kann zu jenen nur die wegen a eingetretene Erhöhung von drei viertel Jahren hinzukommen, so daß die Strafen für die drei Uebelthaten zusammen vier drei viertel Jahre betragen.

Zu 4) ergiebt sich, indem die Summanden gleich bleiben und nur eine andere Stellung zu einander einnehmen, dasselbe Schlußresultat wie zu 3).

β. Das Verhältniß der früheren Strafe zu der späteren ihrer Schwere nach, im Falle eintretender Strafenkumulation.

Tritt die Strafenkumulation unbeschränkt ein, wie wenn Todesstrafe oder Verweis mit irgend einer anderen Strafe, oder Haft mit einer andern als Haft, oder Geldstrafe mit einer anderen als Geldstrafe zusammentrifft, so ergiebt sich für die nachträgliche Aburtheilung eines Realkonkurrenzfalles beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 79 nichts Besonderes, dagegen erfordern die Fälle, in denen das Kumulationsprincip alterirt ist, eine nähere Besprechung.

1. Zusammentreffen von Festungshaft mit Gefängniß und von Haft mit Haft.

Treffen die ersteren beiden Strafen in dem früheren und dem späteren Urtheile zusammen, so ist die Vorschrift des § 75 Abs. 3 zu berücksichtigen, nach welcher die Gesammtdauer der Strafen in einem solchen Falle fünfzehn Jahre nicht übersteigen darf. Die Streitfrage, ob die Reduktion, wie Schwarze (Kommentar A. zu § 75 S. 302) und Rüdorff (Kommentar N. 2 zu § 75) wollen, verhältnißmäßig, oder, wie Oppenhoff (Kommentar N. 2 zu § 75) will, bei der Festungshaft einzutreten habe, oder endlich, wie Puchelt (Kommentar N. 3 zu § 75) meint, jedes Mal dem Ermessen des Instanzgerichtes, das sich durch die Höhe der Strafen und die Umstände des Falles leiten lassen werde, zu überlassen sei, ist hier nicht zu entscheiden. Wenn eine Reduktion einzutreten hat, wird das spätere Urtheil dies ersichtlich zu machen haben, und deshalb, wenn man der Oppenhoff'schen Ansicht folgt, entweder etwa dahin zu tenoriren sein:

„daß der Angeklagte des Zweikampfes mit tödtlichem Erfolge schuldig und dafür mit Festungshaft von zehn Jahren zu bestrafen, welche mit Rücksicht auf das eine zehnjährige Gefängnißstrafe verhängende Erkenntniß von . . . auf fünf Jahre zu ermäßigen".

oder dahin:

„daß der Angeklagte der und der Vergehen schuldig und dafür mit zehn Jahren Gefängniß zu bestrafen, unter Ermäßigung der durch das Erkenntniß von . . . festgesetzten zehnjährigen Festungshaft auf fünf Jahre."

Ist eine Reduktion nicht vorzunehmen, so ist es auch nicht erforderlich, im Tenor ersichtlich zu machen, daß bezüglich des späteren Urtheils im Verhältniß zu einem früheren der § 79 Anwendung gefunden, da dieses bei den im vorliegenden Falle durch beide Urtheile festgesetzten Strafen völlig einflußlos ist. Andererseits aber steht auch nichts entgegen, wenn das Verhältniß beider Erkenntnisse zu einander angedeutet wird; die Bezeichnung der späteren Strafe als einer „zusätzlichen", die Oppenhoff

Kommentar N. 7 zu § 79 wählt, scheint jedoch nicht passend, da auf beide Strafen selbstständig in vollem Umfange zu erkennen ist.

Wenn in den beiden Urtheilen Haft mit Haft zusammentrifft, so ist die die Kumulation der Haftstrafen beschränkende Vorschrift des § 77 Abs. 2, wonach bei mehrfach verwirkten Haftstrafen nicht über die Dauer von drei Monaten zu erkennen ist, zu berücksichtigen. Mit dieser Maßgabe gilt bezüglich der Tenorirung das eben bezüglich des Zusammentreffens von Festungshaft mit Gefängniß Gesagte.

2. Zusammentreffen mehrerer Geldstrafen mit einander.

Auf mehrere verwirkte Geldstrafen ist zwar nach § 78 Abs. 1 stets ihrem vollem Betrage nach besonders und nicht auf eine Gesammt-Geldstrafe[21]) zu erkennen, allein das Kumulationsprincip leidet doch eine Einschränkung durch Abs. 2 des gedachten Paragraphen, welcher lautet:

> „Bei Umwandelung mehrerer Geldstrafen ist der Höchstbetrag der an die Stelle derselben tretenden Freiheitsstrafe zwei Jahre Gefängniß und, wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Uebertretungen erkannt worden sind, drei Monate Haft."

Auch hier können die Kontroversen darüber, wie beim Zusammentreffen substituirter Gefängniß- und Haftstrafen, ferner wie bei der Substitution von Haft für Geldstrafen, die wegen Vergehen erkannt sind, zu verfahren sei, nicht erörtert werden, da sie schon für den Fall der gleichzeitigen Aburtheilung von Realkonkurrenzfällen zu entscheiden sind.

Nach den Ausführungen in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 29. Oktober 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 723 ff.) ist auch im Falle des Vorliegens des Abs. 2 § 78 der Umwandelungsmaßstab nach § 29 festzustellen; zeigt sich dann, — nachdem die für eine einzelne Strafthat substituirte Gefängniß- resp. Haftstrafe zuvor gemäß § 29 Abs. 2 auf ein Jahr Gefängniß

---

[21]) Vgl. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 14. Oktober 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 673 ff.).

resp. sechs Wochen Haft reducirt ist — daß die Summe der in dem späteren und dem früheren Erkenntnisse substituirten Freiheitsstrafen das für den Fall der Realkonkurrenz durch § 78 Abs. 2 gestattete Maß überschreiten, so ist diesem gemäß die Beschränkung in dem späteren Erkenntnisse für die in diesem und dem früheren substituirte Freiheitsstrafe auszusprechen.

Sollte das frühere Urtheil nichts über den in ihm bei der Umwandelung angewendeten Maßstab ausgesprochen haben, indem etwa lediglich der Höchstbetrag von einem oder zwei Jahren Gefängniß (resp. sechs Wochen oder drei Monaten Haft) substituirt wurde, so ist dieses dennoch nicht in dem späteren Urtheile nachzuholen, weil erst bei der Vollstreckung der substituirten Freiheitsstrafe Schwierigkeiten entstehen können, zu deren Lösung alsdann nachträglich der Maßstab für die Umwandlung der durch das frühere Erkenntniß verhängten Geldstrafe in die dort substituirte Freiheitsstrafe gefunden werden muß (vgl. das eben erwähnte Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 29. Oktober 1874). Es liegt kein Grund vor, hierzu früher zu schreiten, als die Schwierigkeit hervorgetreten ist, die sich möglicher Weise in Folge vollständiger Entrichtung der erkannten Geldstrafen von selbst hebt. Der Richter würde, wenn er dieses schon bei Erlaß des späteren Urtheils thäte, in das frühere zu einer Zeit eingreifen, wo er dazu noch nicht berechtigt erscheint.

3. Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Nebenstrafen.

Für das Zusammentreffen gleichartiger Nebenstrafen gilt auch das Kumulationsprincip, jedoch mit der Beschränkung, daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter nicht über das in den §§ 32 Abs. 2 und 35 angegebene Maß geschehen kann und daß die Befugniß der Landespolizeibehörde, den Angeklagten unter Polizeiaufsicht zu stellen, über die im § 38 Abs. 2 angegebene Zeit nicht ausgedehnt werden kann. (Vgl. das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 24. Mai 1872, Oppenhoff Rechtsprechung B. 13 S. 312 ff. und Kommentar N. 3 zu § 76.) Dieses wird der Richter bei der

nachträglichen Aburtheilung des Konkurrenzfalles zu berücksichtigen haben. Hat er auf eine Gesammtstrafe zu erkennen und beläßt es daneben bei der früher erkannten Nebenstrafe, so rechnet die Zeitdauer derselben stets von der Verbüßung der Gesammtstrafe (§§ 36, 38 Abs. 3), auch wenn der Richter dieses im späteren Urtheil nicht ausdrücklich ausgesprochen haben sollte. Oppenhoffs gegentheilige Ansicht (Kommentar N. 12 zu § 79) dürfte schon deshalb entschieden unrichtig sein, weil in einem solchen Falle von der Verbüßung der früher erkannten Strafe als solcher nicht mehr die Rede ist. [22])

b. Maßnahmen, welche mit Rücksicht auf eine mögliche Abänderung des früheren Urtheils zu treffen sind.

Ist das frühere Erkenntniß zur Zeit der Fällung des späteren noch nicht rechtskräftig, so ist unter Beobachtung der bisher besprochenen Grundsätze zugleich darauf Rücksicht zu nehmen, daß die frühere Verurtheilung noch einer Abänderung unterliegen kann. Es muß deshalb im Tenor des späteren Erkenntnisses für beide Eventualitäten, d. h. den Eintritt der Rechtskraft oder die Abänderung der früheren Verurtheilung, Entscheidung getroffen werden.

Erfolgt demnächst eine Abänderung, die keine Freisprechung, sondern nur eine andere Strafe ausspricht, so ist der mit Fällung dieses Erkenntnisses befaßte Richter verpflichtet, das andere Urtheil in gleicher Weise zu berücksichtigen. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 5 zu § 79.)

Hat die frühere Verurtheilung nur eine Strafthat betroffen, so gestalten sich die bei Fällung des späteren Erkenntnisses zu treffenden eventuellen Maßnahmen verhältnißmäßig einfach, komplicirter wird die Sachlage dagegen, wenn die Verurtheilung wegen mehrerer Strafthaten erfolgte, da alsdann die Möglichkeit der Abänderung oder der Bestätigung derselben hinsichtlich einer jeden

---

[22]) Ueber den Fall, wenn zur Zeit der Bestätigung des späteren Erkenntnisses in einer höheren Instanz, die früher erkannte Freiheitsstrafe inzwischen verbüßt ist, siehe unten S. 76.

einzelnen berücksichtigt werden muß.[23]) Wenn auch, wie hieraus zur Genüge erhellt, ein rechtskräftiges Erkenntniß an sich ungleich geeigneter ist, die Grundlage für ein nach § 79 abzufassendes Nachtragserkenntniß abzugeben, als ein noch nicht rechtskräftiges, so werden sich doch, wenn auch nur ein solches vorliegt, Verwirrungen und Verwickelungen durch eine präcise Tenorirung fern halten lassen.

Das Ober-Tribunal hat in einer Entscheidung vom 7. September 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 557) ausgesprochen, daß es, wenn mehrere in Realkonkurrenz verübte Mißthaten in verschiedenen Verfahren verfolgt werden, so daß die zweite That in erster Instanz abgeurtheilt wird, ehe es zur Verhandlung zweiter Instanz wegen der ersten kommt, keine Richtigkeit begründe, wenn bei Aburtheilung der zweiten That in der Appellationsinstanz, (die früher geschah als die Aburtheilung der ersten That in zweiter Instanz), die frühere erstinstanzliche Verurtheilung wegen der ersten That außer Berücksichtigung gelassen und nicht für den eventuellen Fall der später eintretenden Rechtskraft des letzteren in Betreff der Gesammtstrafe Entscheidung getroffen wird, insofern diese Bestimmung noch in der wegen der ersten[24]) That zu verfolgenden Berufungsinstanz nachgeholt werden kann. In den Gründen wird ausgeführt, daß wenn auch das über die zweite That urtheilende Appellationsgericht unbedenklich befugt gewesen wäre, auf eine eventuelle Zusatzstrafe seinerseits zu erkennen, doch ein Grund zur Nichtigkeitsbeschwerde Seitens des Staatsanwaltes nicht vorliege, weil der Vorschrift des § 79 auch von dem über die erste That demnächst urtheilenden Appellationsgerichte in dem von diesem abzufassenden Erkenntnisse genügt werden könne und nach einem bereits gefaßten Zwischenbeschlusse genügt werden werde; da hiernach weder das öffentliche noch das Interesse des Angeklagten

[23]) Vgl. die Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 11. Juni und 11. November 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 437 u. S. 718) über die Abänderung einer eine Gesammtstrafe verhängenden Verurtheilung.

[24]) In der Ueberschrift des Falles in Oppenhoffs Rechtsprechung heißt es irrthümlich „wegen der zweiten That“ statt „ersten“.

erfordert habe, daß schon jetzt auf eine eventuelle Zusatzstrafe erkannt werde, so habe die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes zurückgewiesen werden müssen.

Es erscheint zweifelhaft, ob diese Gründe durchschlagend sind, denn, wenn § 79 die Berücksichtigung der schon früher erkannten, obgleich noch nicht rechtskräftigen Strafe, in dem späteren Erkenntnisse verlangt, so ist durch deren Nichtberücksichtigung die Bestimmung des § 79 durch Nichtanwendung verletzt. Wenn auch im vorliegenden Falle die Verletzung durch die später zu fällende Entscheidung eines anderen Gerichtshofes thatsächlich noch gehoben werden konnte und voraussichtlich auch wurde, so kann doch dieser Umstand für die Beurtheilung der Frage, ob das angegriffene Erkenntniß wegen Verletzung eines Strafgesetzes nichtig sei, nicht wohl von Einfluß sein.

c. Die bereits angefangene Verbüßung der durch die frühere Verurtheilung zuerkannten Strafe.

Es ist bisher nicht unterschieden worden, ob mit der Vollstreckung der durch die frühere Verurtheilung zuerkannten Strafe bei Fällung des späteren Urtheils bereits begonnen worden sei oder nicht, wenn auch die Kommentatoren des St.G.B. zum Theil der Ansicht sind, daß bei derselben eine Berücksichtigung dieses Umstandes einzutreten habe. So meint Rüdorff Kommentar N. 4 Abs. 1 zu § 79, daß ev. ein entsprechender Theil der Gesammtstrafe für verbüßt zu erklären sei, und Oppenhoff Kommentar N. 11 zu § 79, daß bei der Strafabmessung eine etwa in der Zwischenzeit bereits erfolgte theilweise Verbüßung der zuerst verhängten Strafe zu berücksichtigen sei. Allein das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 23. September 1873 (Rechtsprechung B. 14 S. 568 ff.) trifft entschieden das Richtige, wenn es in einem Falle, in welchem der Angeklagte nach bereits angetretener Verbüßung einer wegen mehrerer Vergehen erkannten zweijährigen Gefängnißstrafe beim Vorliegen des § 79 wegen später ermittelter Diebstähle zu einer sechsjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt worden war, unter Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses den An-

geklagten zu einer Zuchthausstrafe von sieben Jahren und drei Monaten mit der Maßgabe, daß dadurch jene zweijährige Gefängnißstrafe in Wegfall komme, verurtheilte. Es wurde somit im Tenor auf die bereits begonnene Verbüßung der früher erkannten Gefängnißstrafe gar nicht gerücksichtigt, sondern nur in den Gründen ausgesprochen „daß soweit die Gefängnißstrafe von dem Angeklagten bereits verbüßt worden sei, der verbüßte Theil auf die als Gesammtstrafe zu erkennende Zuchthausstrafe von sieben Jahren drei Monaten nach § 21 St.G.B. in der Weise anzurechnen sei, daß ein Jahr Gefängniß acht Monaten Zuchthaus gleich stehe.“[25])

Selbst für den Fall, wenn bei einem gegen das spätere Urtheil eingelegten Rechtsmittel die früher erkannte Strafe inzwischen ganz verbüßt sein sollte, braucht das spätere zweitinstanzliche Erkenntniß darauf keine Rücksicht zu nehmen. Mit voller Sicherheit wird übrigens der urtheilende Richter selten wissen, ob die frühere Strafe inzwischen vollständig verbüßt sei, denn wenn dies auch bei ordnungsmäßiger Strafverbüßung der Fall sein müßte, so kann dieselbe doch durch Umstände unterbrochen sein, wie z. B. durch Flucht oder Entlassung wegen Krankheit, die bei der Urtheilsfällung noch nicht zu seiner Kenntniß gekommen sind. Hat er aber die Kenntniß von der Strafverbüßung erlangt, so kann er, nach ev. Umrechnung der verbüßten Strafe gemäß § 21, dieselbe von der erkannten Gesammtstrafe in Abzug bringen. Ist dies nicht geschehen, so ist wie in anderen Fällen hinsichtlich der Verwandlung der bereits verbüßten Strafe und deren Abrechnung

---

[25]) Das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 15. Juni 1872 (Rechtsprechung B. 13 S. 361) spricht sich keineswegs in anderem Sinne aus; es ist nur die von Oppenhoff demselben gegebene Ueberschrift in den Worten „als Einsatzstrafe mit Rücksicht auf den noch nicht verbüßten Theil jener Gefängnißstrafe zu erhöhen“ nicht korrekt. Vgl. auch die korrespondirende Entscheidung vom 23. April 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 308) hinsichtlich einer ähnlichen Frage; und andererseits den während des Druckes dieser Abhandlung erschienenen Aufsatz von Herbst: Zur Lehre von der Gesammtstrafe (Goltdammer B. 24 S. 13 ff.), welcher zu dem entgegengesetzten Resultate kommt.

ein Beschluß desjenigen Gerichtes herbeizuführen, dem die Entscheidung bei Zweifeln über die Strafvollstreckung zusteht. Wenn auf die ebengedachte Art inzwischen Verbüßung der früheren mit einer Nebenstrafe z. B. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verknüpften Freiheitsstrafe eingetreten ist, so wird dieses zwar eine besondere Maßnahme in der Fällung des späteren Urtheils nicht erfordern, es fragt sich aber, ob die Erduldung des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte in der Zwischenzeit für den Angeklagten als wirksam anzusehen sei. Oppenhoff ist der entgegengesetzten Ansicht, indem er im Kommentar N. 12 zu § 79 bemerkt: „Diese theilweise Erduldung der Ehrenstrafen ist dann als nicht geschehen anzusehen: der Angeschuldigte, welchem die strafmildernden Vorschriften der §§ 74—76 zu Statten kommen, muß diese davon unzertrennliche ungünstige Folge hinnehmen.“ Der Grund hierfür soll nach N. 15 daselbst darin liegen, daß die Sache so aufzufassen ist, als wenn die Verurtheilung in einem Verfahren und sonach durch ein Erkenntniß ihre Erledigung gefunden hätte. Allein so gut wie trotzdem die Verbüßung der früheren Strafe nicht aus der Welt geschafft werden kann, und deshalb ev. die Umrechnung einer verbüßten Gefängnißstrafe in Zuchthaus nöthig wird, so läßt sich auch nicht wegleugnen, daß die Zeitdauer des dem Angeklagten auferlegten Ehrverlustes nach der vollständigen Verbüßung der früheren Freiheitsstrafe gemäß § 36 bereits berechnet werden mußte; eine Strafe, die er auf diese Weise den gesetzlichen Vorschriften zufolge, bereits erlitten hat, wird man nicht aus dem Grunde ignoriren können, weil der Angeklagte mit den ihm zufließenden Vortheilen den Nachtheil mit hinnehmen müsse, zumal hierzu irgend ein zwingender Grund nicht vorliegt. In einem besonderen Falle kann es jedoch zweifelhaft sein, ob nicht der das spätere Urtheil fällende Richter bei der Strafnormirung die bereits eingetretene Verbüßung der früheren Strafe mit berücksichtigen müsse, dann nämlich, wenn beim Zusammentreffen von Festungshaft mit Gefängniß das Maximum der Gesammtdauer dieser Strafen mit fünfzehn Jahren (§ 75 Nr. 3) berücksichtigt werden muß und bereits ein Theil der einen Strafart der

früheren Verurtheilung gemäß verbüßt worden ist. Waren früher zehn Jahre Festungshaft, jetzt aber zehn Jahre Gefängniß erkannt, so würden nach der Oppenhoff'schen Ansicht (vgl. oben S. 70) die zehn Jahre Festungshaft auf fünf Jahre zu verkürzen, nach Schwarze und Rüdorff die zehn Jahre einer jeden Strafart auf sieben ein halbes Jahr zu ermäßigen sein und endlich nach Puchelt der Instanzrichter nach seinem Belieben die Festungshaft auf fünf Jahre herabsetzen können. Es fragt sich, wie der spätere Richter zu verfahren habe, wenn zur Zeit der Urtheilsfällung von der Festungshaft etwa schon acht Jahre verbüßt waren? Die Theorien von Oppenhoff, Schwarze und Rüdorff kommen hier mit der vorliegenden Thatsache der Verbüßung von acht Jahren in Widerspruch und sind unausführbar, das von Puchelt angenommene freie Ermessen des Richters ist wenigstens auch thatsächlich beschränkt. Unseres Erachtens liegt auch in Fällen dieser Art für den späteren Richter keine Nothwendigkeit vor, die faktisch eingetretene theilweise Verbüßung der früheren Strafe bei der Urtheilsfällung zu berücksichtigen; in vollem Maaße kann er dieses doch nicht, denn er ist zu jenem Zeitpunkte nicht im Stande, mit Genauigkeit den Moment zu bestimmen, in welchem die Ueberführung des Angeklagten z. B. aus der Festungshaft in das Gefängniß erfolgen wird. Soweit es der Richter — der Puchelt'schen Theorie folgend — in seinem Ermessen liegend erachtet, welche Strafart er ermäßigen wolle, wird er freilich, wenn er von der theilweisen Verbüßung einer Strafart im Allgemeinen Kenntniß hat, die Kürzung bei dieser Strafart nur soweit eintreten lassen, als sie ausführbar ist, damit nicht sein Urtheilsspruch sich später als nicht vollstreckbar zeige. In dem oben gewählten Beispiele wird er also die Festungshaft etwa um zwei Jahre, die Gefängnißstrafe um drei Jahre verkürzen. Es muß hier noch bemerkt werden, daß wenn der Richter anders verfahren würde, und die volle Kürzung bei der Festungshaft eintreten lassen wollte, dann nicht etwa nachträglich die danach bereits zuviel verbüßten drei Jahre Festungshaft gemäß § 21 zwei Jahren Gefängniß gleich gerechnet werden könnten, so daß nun noch acht Jahre Gefängniß

zu verbüßen wären. Denn hierdurch würde, da alsdann die Gesammtdauer der Freiheitsstrafe sechszehn Jahre (acht Jahre Festungshaft und acht Jahre Gefängniß) betrüge, gegen die Vorschrift des § 75 Abs. 3 verstoßen sein, wonach in dem gedachten Falle die Gesammtdauer der Strafen fünfzehn Jahre nicht übersteigen darf.[26])

d. **Processualische Vorschriften zur Ermöglichung einer nachträglichen Anwendung der Vorschriften des § 79.**

Trotzdem es der Angeklagte durch Angabe seiner früheren Bestrafung in seiner Hand hat, bei der später erfolgenden Aburtheilung eines realiter konkurrirenden Falles die Anwendung der milderen Bestimmungen der §§ 74—78 herbeizuführen, wird er dieses dennoch häufig unterlassen, um der Verbüßung der früheren Strafe zu entgehen, wenn auch der Fall selten so liegen wird, daß er sich durch eine derartige Angabe die härteren Strafen für den Rückfall zuziehen würde. Allein, da nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafverfahrens der Angeklagte zu Aussagen nicht gezwungen werden kann, so ist darauf hingewiesen worden, daß wegen der Fälle, in denen das zweite Gericht von der Verurtheilung des ersten Gerichts keine Kenntniß hat und die Existenz der Voraussetzungen zur Anwendung des § 79 dem zweiten Richter unbekannt bleibt,[27]) eine Regelung in der zu erwartenden Deutschen Strafproceß-Ordnung erforderlich sei. (Schwarze Kommentar S. 306.) Die Artt. 131 u. 133 des altpreußischen Proceßge-

---

[26]) Anders beim Zusammentreffen von Gefängniß und Zuchthaus; hier wird ein Urtheil, welches eine Gesammtstrafe von fünfzehn Jahren Zuchthaus verhängt, in der Weise ausgeführt, daß die verbüßte Gefängnißstrafe von z. B. sechs Jahren gleich vier Jahren Zuchthaus gerechnet wird und dann noch elf Jahre Zuchthaus, also zusammen siebzehn Jahre Freiheitsstrafe, vollstreckt werden; es ist dieses zulässig, weil § 74 Abs. 3 nur vorschreibt, daß das Maaß der Gesammtstrafe fünfzehnjähriges Zuchthaus nicht übersteigen darf.

[27]) In diesem Falle begründet die Nichtberücksichtigung der Grundsätze des § 79 natürlich keine Nichtigkeit. Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 10. Mai u. 16. September 1875 (Oppenhoff Rechtsprechung B. 16 S. 364 u. 582 und Kommentar N. 17 zu § 79.).

setzes vom 3. Mai 1852 und § 434 der neupreußischen St.P.O. ermöglichen es bereits, die Grundsätze der Realkonkurrenz wenigstens theilweise nachträglich zur Geltung zu bringen. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 24 ff. zu § 79; Rüdorff Kommentar N. 5 zu § 79.) Der Entwurf der Deutschen Strafproceß-Ordnung will dagegen die nachträgliche volle Anwendung der Vorschrift des § 79 sichern, wenn er bestimmt:

§ 383. „Ist Jemand durch verschiedene rechtskräftige Urtheile zu Strafen verurtheilt worden, und sind dabei die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesammtstrafe (§ 79 St.G.B's.) außer Betracht geblieben, so sind die erkannten Strafen durch eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung auf eine Gesammtstrafe zurückzuführen."

§ 384, namentlich Abs. 2, ordnet alsdann das nachträgliche Verfahren.

Die Motive des Entwurfs lauten zu § 383:

„Die in dem Deutschen Strafgesetzbuch §§ 74—78 gegebenen Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesammtstrafe sollen nach § 79 desselben auch dann Anwendung finden, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt u. s. w. ist, die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung ergangen war. Um dieser Vorschrift volle Wirksamkeit zu sichern, bedarf es noch einer processualischen Regelung des Falles, wenn Jemand durch verschiedene Urtheile zu Strafen verurtheilt worden ist, bei dem späteren Urtheile aber die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesammtstrafe außer Betracht geblieben sind. Der § 383 des Entwurfes sieht diesen Fall vor und ordnet in Verbindung mit § 384 das nachträgliche Verfahren."

Weiter wird ausgeführt, daß § 383 keine Anwendung finden könne, wenn die Zuerkennung einer Gesammtstrafe vermöge einer unrichtigen Auffassung der strafrechtlichen Vorschriften unterblieben sei. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 25 zu § 79).

Kann hiernach kein Zweifel darüber sein, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, die Vorschriften der §§ 74—78 in vollem Umfange nachträglich zur Anwendung zu bringen, wenn bei der späteren

Aburtheilung eines Konkurrenzfalles das Vorhandensein einer früheren Verurtheilung thatsächlich übersehen wurde, so muß die Fassung des § 383 des Entwurfes der St.P.O. deshalb nicht für völlig zutreffend erachtet werden, weil es sich bei Anwendung des § 79 nicht blos um Zuerkennung einer „Gesammtstrafe", sondern oft auch um kumulative Zuerkennung mehrerer Einzelstrafen ihrem vollen Betrage nach, allerdings unter gewissen oben gedachten Beschränkungen, handelt. Auch die nachträgliche Anwendung dieser letzteren, dem Angeklagten günstigen Bestimmungen wird jedenfalls durch den Entwurf beabsichtigt, gelangt aber nicht zum entsprechenden Ausdrucke.

e. Schlußbemerkung.

So gebunden der spätere Richter rücksichtlich des bereits abgeurtheilten Falles durch die einmal getroffene Entscheidung ist (vgl. oben S. 60), so frei ist er in der gesammten Beurtheilung des noch von ihm zu entscheidenden Falles. Was die Schuldfrage anbetrifft, so kann er z. B. annehmen, daß ein Angeklagter, welcher zur Zeit der Begehung der That das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, nicht die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der ihm vorgeworfenen Handlung erforderliche Einsicht besessen habe, obgleich der frühere Richter bei der von ihm abzuurtheilenden That deren Vorhandensein festgestellt hatte.[28]) Die Arbritirung der Strafe ferner, sowohl für die selbstständig festgestellte Uebelthat an sich, als auch in Verbindung mit den bereits erkannten Strafen für die realiter konkurrirenden Handlungen geschieht gleichfalls ganz frei durch den späteren Richter. Ist beispielsweise die Strafthat der bereits abgeurtheilten den thatsächlichen Verhältnissen nach im Ganzen gleich, so kann der

---

[28]) Der spätere Richter hat aber alsdann trotz der früher erkannten Strafe die Ueberweisung des Angeklagten an seine Familie oder in eine Erziehungsanstalt dennoch auszusprechen, insofern nicht die Vollstreckung der erkannten Strafe über das zwanzigste Lebensjahr hinausreicht. (Vgl. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 21. Januar 1875, Rechtsprechung B. 16 S. 69 f.)

spätere Richter in der Beurtheilung ihrer Strafwürdigkeit von dem früheren dennoch abweichen und ein ganz anderes Strafmaß für angemessen erachten, als jener arbitrirte. Nur insofern ist der Richter bei der Strafzumessung durch § 74 Abs. 1 gebunden, als er von einer Belegung der That mit Strafe dann nicht absehen kann, wenn durch das Vorerkenntniß nur eine That bestraft wurde, während er die spätere That dann als mit gesühnt ansehen kann, wenn früher wegen mehrerer strafbarer Handlungen eine Gesammtstrafe verhängt worden war. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 8 zu § 79.)

IV. Der Rückfall nach dem St.G.B.

Nachdem wir oben Abschnitt II. (S. 15 ff.) von dem Einflusse der Vorbestrafungen rücksichtlich der Strafzumessung beim Rückfalle bereits im Allgemeinen gesprochen haben, erübrigt jetzt noch die Erörterung des Einflusses, welchen jene in den bestimmten Fällen üben, in denen das St.G.B. eine erhöhte Strafbarkeit für den Rückfall positiv festsetzt. Derselbe charakterisirt sich von vornherein als ein dem im vorigen Abschnitte besprochenen Einflusse der Vorbestrafungen entgegengesetzter, denn während letztere im Falle des Vorliegens des § 79 strafmildernd wirken, tragen sie beim Rückfall zur Verhängung einer schärferen Strafe bei.

Nach dem St.G.B. tritt Strafschärfung ein:

1. schon beim ersten Rückfalle, im Sinne des § 250 Nr. 5 bezw. 245 — in den Fällen:
   a. des Raubes (§ 249),
   b. zweier, gleich dem Raube zu bestrafenden Verbrechen, nämlich:
      α. desjenigen gegen § 252 („Wer, bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze

des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen".)

β. der schweren Erpressung (§ 255).

2. erst beim wiederholten Rückfalle und zwar:

a. in dem wesentlich gleichen Sinne der §§ 244, 245, bezw. 261 und 264 im Falle:

α. des Diebstahls (§ 242),

β. der Hehlerei (§§ 258—260),

γ. des Betruges (§ 263).

b. im Sinne des § 362 im Falle des Bettelns (§ 361 Nr. 4).

Die Darstellung wird am zweckmäßigsten von der komplicirtesten Art des Rückfalles, nämlich der des wiederholten Rückfalles in dem eben zu 2. a. gedachten Sinne, und speciell wieder von dem Rückfall beim Diebstahle ausgehen, weil dieser im St.G.B. für die übrigen Fälle zur Anlehnung dient.

1. Der Rückfall beim Diebstahle.

a. Die Voraussetzungen der §§ 244 und 245.

Die beiden die Bestimmungen über den Rückfall beim Diebstahl enthaltenden Paragraphen des St.G.B. lauten:

§ 244. „Wer im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler bestraft worden ist, darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat, und wegen derselben bestraft worden ist, wird, wenn er einen einfachen Diebstahl (§ 242) begeht, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn er einen schweren Diebstahl (§ 243) begeht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

„Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt beim einfachen Diebstahl Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten, beim schweren Diebstahl Gefängnißstrafe nicht unter einem Jahre ein."

§ 245. „Die Bestimmungen des § 244 finden Anwendung, auch wenn die früheren Strafen nur theilweise verbüßt oder ganz oder theilweise erlassen sind, bleiben jedoch ausgeschlossen, wenn

seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind."

Hiernach sind die Bedingungen für das Vorliegen des Rückfalls beim Diebstahl nach dem St.G.B. ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge nach:

α. eine im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler erfolgte Bestrafung,

β. 1. eine demnächstige Begehung einer dieser Handlungen,
2. eine Bestrafung wegen derselben und

γ. die Begehung eines Diebstahls innerhalb eines Zeitraumes von zehn Jahren seit der Verbüßung oder dem Erlasse der zu β. 2. erkannten Bestrafung.

α Eine im Inlande erfolgte Bestrafung als Dieb u. s. w.

Die Zerlegung dieser Voraussetzung in ihre Elemente ergiebt, daß eine Bestrafung erfordert wird, welche im Inlande und zugleich wegen eines Diebstahls oder eines Raubes oder eines diesem in der Bestrafung gleichgestellten Verbrechens oder wegen Hehlerei erfolgte.

Was die Bestrafung im Allgemeinen betrifft, so wird hier unter derselben nicht nur die Verhängung derselben, sondern auch die Verbüßung, bezw. was derselben gleichgestellt ist, verstanden. Es kann darüber, wenn man den § 244 nicht einzeln, sondern in Verbindung mit § 245 liest, kein Zweifel sein (vgl. Oppenhoff Kommentar N. 11[29]) und Berner Lehrbuch S. 285). Die Motive zu § 245 (§ 240 Entw. II) heben sogar nicht ganz korrekt das Erforderniß der Verbüßung der früheren Strafen ausschließlich hervor, wenn sie sagen: der Entwurf finde die Voraussetzung des Rückfalls „nicht mehr in der früheren Verurtheilung des Diebes, sondern in der gänzlichen oder theilweisen Verbüßung der früheren Strafe." Die Voraussetzung ist aber eine beide Seiten, sowohl die Verurtheilung zu einer Strafe als auch deren

[29]) Wenn in diesem Abschnitte IV eine Note aus einem der Kommentare ohne weiteren Zusatz citirt wird, so bezieht sich dieselbe auf § 244.

Verbüßung, umfassende Bestrafung.[30]) Wenn das R.St.G.B., im bewußten Gegensatz zum Pr. St.G.B. (§ 219), dies letztere Erforderniß aufstellte, so ging der Gesetzgeber nach den Motiven davon aus: „daß die Verurtheilung des Schuldigen nur erst in der wirklichen Verbüßung der Strafe ihre volle praktische Bedeutung für ihn erhält und die Verbüßung ihn über die Nachtheile, welche das Gesetz über ihn bei Verletzungen desselben verhängt, in einer ihm fühlbaren Weise belehrt, sonach auch der Satz, daß der Rückfällige darthue, wie die früheren Bestrafungen ihm nicht zur Warnung und Besserung gereicht hätten, nur dann, wenn er die Strafe ganz oder theilweise erlitten, eine volle Wahrheit sei."

Darüber herrscht völlige Uebereinstimmung, daß zur Begründung des Rückfalles eine kriminelle Strafe erforderlich und eine blos disciplinare nicht genügend sei.[31]) Sobald wir aber an die Erörterung der Frage herantreten, von welcher Behörde die Kriminalstrafe zu verhängen sei, damit dieselbe zur Begründung des Rückfalles geeignet sei, begegnen wir Streit. So läßt sich v. Stemann in einem Aufsatze „Zur Lehre vom Rückfalle" (Gerichtssaal B. 23 S. 411) dahin aus: „Daß unter der Bestrafung als Rückfallsbedingung nur eine gerichtliche Bestrafung zu verstehen, dürfte schon daraus folgen, daß das Strafgesetzbuch überall nur wirkliche Kriminalstrafen ins Auge faßt, und diese ausschließlich vom Richter erkannt werden. Eine bloß polizeiliche oder disciplinelle Ahndung kann daher unseres Erachtens als Vorbestrafung im Sinne des St.G.B. nicht angesehen werden. Dies wird von Schwarze (S. 614)[32]) zugegeben, von Oppen-

---

[30]) Vgl. § 13 Abs. 1 des Militär-St.G.B. „durch ein Deutsches Gericht verurtheilt und bestraft worden."

[31]) Ueber den Unterschied beider Arten von Bestrafungen vgl. in Holtzendorff's Handbuch B. 2 Nr. XXIX: Meves Die Amtsverbrechen, IV das Disciplinar-Strafrecht S. 939 ff.

[32]) Außerdem von Ortloff in seinem Aufsatze „Der Rückfall im D. St.G.B." bei Stenglein B. 1 S. 7 ohne nähere Motivirung behauptet, desgleichen in der Kompilation von Taube: „Rechtssätze der Wissenschaft. Die Bestimmungen des R. St.G.B.'s über den Rückfall btr." im Gerichtssaal B. 24 S. 287 ff. Nr. 12.

hoff (N. 2) dagegen bestritten." Es ist hiergegen zu bemerken, daß es gleichgültig erscheint, wie die Kriminalstrafe verhängt wird. Nach den preußischen Proceßgesetzen werden Bestrafungen wegen Diebstahls regelmäßig durch einen Gerichts- bzw. Schwurgerichtshof verhängt, ausnahmsweise kann aber auch der Einzel- oder Polizeirichter nach Art. I § 3 des Gesetzes vom 14. April 1856 wegen Diebstahls verurtheilen und auf die Strafe desselben erkennen, ohne daß dadurch der Charakter der Strafe als Kriminalstrafe oder derjenige der Strafthat als Diebstahl irgendwie alterirt wird. Nach Art. 321 des Würtembergischen Strafgesetzbuches vom 1. März 1839 wurde durch einen Diebstahl, wenn der Werth des Entwendeten nicht mehr als fünf Gulden betrug und bei der That weder eine der gesetzlichen Auszeichnungen noch der erschwerenden Eigenschaften statt fand, „nur eine polizeiliche Strafe verwirkt," die im Art. 57 des Polizei-Strafgesetzbuches vom 3. Oktober 1839 auf „Arrest bis zu acht Tagen" normirt wurde. Allein die Strafe, die wegen eines solchen kleinen Diebstahls verhängt wurde, blieb immer eine kriminelle und da die ganze Anlage des „Von Diebstahl und Unterschlagung" handelnden siebenten Kapitels des gedachten St.G.B.'s die Ueberzeugung gewähren muß, daß nicht eine Aussonderung des kleinen Diebstahls von dem allgemeinen Diebstahlsbegriffe in der Weise stattgefunden habe, wie im R.St.G.B. die Entwendung von Eßwaaren (§ 370 Nr. 5) vom Diebstahl begrifflich ausgeschieden ist, so kann darin, daß die Strafe durch die Bezirkspolizeiämter auszusprechen war, kein Grund liegen, die so verhängten Strafen zur Begründung des Rückfalls für ungeeignet zu erachten. Die Behauptung Stemanns, daß wirkliche Kriminalstrafen ausschließlich vom Richter erkannt werden, stellt sich sonach für das Würtembergische Recht jedenfalls als irrig dar. So vertreten nicht nur Oppenhoff, Kommentar N. 2, Schütze Lehrbuch S. 439 N. 18 a. E. und Merkel in Holtzendorff's Handbuch B. 3 Nr. XXVII Diebstahl und Unterschlagung S. 688 die Ansicht, daß es keinen Unterschied mache, ob die kriminelle Bestrafung von einer richterlichen oder einer anderen die Strafgerichtsbarkeit ausübenden Behörde ausgegangen sei, sondern

es hat sich in demselben Sinne auch der Würtembergische Kassationshof wiederholt in den Entscheidungen vom 27. März und 3. Juli 1872 (Stenglein B. 1 S. 284, B. 2 S. 54), sowie das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 9. April 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 211 ff.) ausgesprochen, letzteres unter der Ausführung, daß die Stellung, welche § 244 hinter den §§ 242 u. 243 einnehme, nichts dafür beweisen könne, daß die in § 244 vorausgesetzte Bestrafung „als Dieb“ nur eine gerichtliche sein könne; das St.G.B. enthalte keine Bestimmung, aus welcher zu entnehmen wäre, daß es nur die Gerichte als für die Bestrafung des Diebstahls zuständige Behörden kenne, und überhaupt keine Bestimmung darüber, welche Behörden zur Aburtheilung der in demselben mit Strafe bedrohten Handlungen befugt sein sollen; es sei deshalb gleichgültig, ob speciell in Preußen die ausschließliche Kompetenz der Gerichte zur Aburtheilung der in dem Pr. St.G.B. vorgesehenen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen bestimmt war und das R.St.G.B. nur bezüglich der Dreitheilung Modifikationen getroffen habe. Denn unter der Herrschaft des R.St.G.B. müsse den im Inlande von den nach Verfassung und Gesetz des betreffenden Einzelstaates zur Ausübung der Strafgewalt berufenen Behörden, es seien dies nun Gerichts- oder Verwaltungsbehörden, erlassenen Entscheidungen überall, also auch in Preußen, gleiche Kraft und Bedeutung beigelegt werden; deshalb hätten die von den Würtembergischen Bezirkspolizeiämtern wegen der Diebstähle verhängten Vorbestrafungen nicht bei der Beurtheilung, ob gegen den Angeklagten die Rückfallsstrafe des § 244 zur Anwendung gebracht sei, unberücksichtigt bleiben dürfen. Wenn Schwarze Kommentar S. 614 dagegen ausführt, daß für seine gegentheilige Ansicht „auch der folgende Satz: „darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat“, welcher die Gleichartigkeit der einzelnen Bestrafungen bedinge,“ spreche, so hat doch die Gleichartigkeit der Bestrafungen nicht in der Weise, wie sie verhängt werden, sondern nur in dem Charakter der Kriminalstrafen zu bestehen. Wenn Schwarze ferner für seine beschränkende Auslegung die Schwere der Straf-

drohung, sowie den sachlichen Unterschied der Fälle gerichtlicher und polizeilicher Aburtheilung geltend macht, so läßt sich auch dem nur wieder dasselbe entgegenhalten, daß nämlich die materiell verwirkte Strafe durch die Art, wie sie formell zu verhängen ist, nicht alterirt wird. Nach Schwarze Kommentar S. 614 A.*, ist endlich „eine materielle Aenderung in Bezug auf die Voraussetzung einer gerichtlichen Vorbestrafung nicht beabsichtigt worden" und auch Stemann, im Gerichtssaal B. 23 S. 411, ist der Ansicht, daß eine tiefgreifende Aenderung des bisherigen Rechts, wie sie die oben entwickelte weiter gehende Auslegung enthalten würde, „nicht im Sinne des neuen Gesetzes zu liegen scheine". Die Aenderung dürfte sich jedoch, wenn man näher auf die bisher in Geltung gewesenen partikularrechtlichen Bestimmungen eingeht, nicht als so bedeutend herausstellen, wie es zunächst den Anschein hat. So lautete zwar beispielsweise der § 219 des Pr. St.G.B.: „Wer bereits zweimal oder mehrere Male rechtskräftig durch einen preußischen Gerichtshof wegen Diebstahls oder Raubes verurtheilt worden ist" u. s. w., allein nach den altpreußischen Strafprozeßgesetzen sind ausschließlich Gerichtshöfe — worunter in der Praxis auch die ausnahmsweise zur Verhängung von Diebstahlsstrafen berufenen Einzelrichter mit Recht verstanden worden sind [33]) — zur Aburtheilung über Diebstahl und Raub befugt. Deshalb brachte das R.St.G.B., dessen erster Entwurf in § 219 noch die Verurtheilung „durch einen Norddeutschen Gerichtshof" festhielt, während § 239 des zweiten Entwurfs bereits „die Bestrafung im Inlande" aufgenommen hatte, für Preußen in der in Rede stehenden Beziehung gar keine Veränderung mit sich.

Auch aus der abweichenden Fassung der entsprechenden Bestimmung im Militär-St. G. B. für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872 ist nichts für die Schwarze'sche Ansicht zu entnehmen, wenn auch § 13 Abs. 1 daselbst lautet:

„Wo das Gesetz die Strafe mit Rücksicht auf den Rückfall

[33]) Vgl. Oppenhoff Kommentar zum Pr. St.G.B. N. 7 zu § 219.

bestimmt, tritt dieselbe ein, wenn der Thäter, nachdem er wegen eines militärischen Verbrechens oder Vergehens durch ein Deutsches Gericht verurtheilt und bestraft worden ist, dasselbe militärische Vergehen oder Verbrechen abermals begeht."

Im § 67 des Entwurfs hatte diese Bestimmung folgende, soweit es hier interessirt, wesentlich übereinstimmende Fassung:

„Mit erhöhter Strafe ist wegen Rückfalls zu belegen, wer, nachdem er wegen eines militärischen Verbrechens oder Vergehens durch ein Deutsches Gericht bestraft worden, dasselbe" .... 2c.

Hierzu bemerkten zwar die Motive (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 1. Legislatur-Periode, 3. Session 1872. B. 3 — Anlagen — S. 32): „Bei Aufstellung des den Rückfall erfüllenden Thatbestandes hat sich der § 67 dem St.G.B. für das Deutsche Reich vollständig angeschlossen. In Abweichung von dem Pr. Militär-St.G.B. ist demgemäß das entscheidende Merkmal für den Rückfall nicht mehr die Verurtheilung, vielmehr besteht dasselbe darin, daß eine gerichtlich erkannte Strafe ganz oder theilweise verbüßt oder erlassen ist." Jedoch zeigt schon der Wortlaut des § 244 R.St.G.B., daß ein „vollständiger" Anschluß im Militär-St.G.B. nicht stattgefunden hat, indem dort von einer Vorbestrafung „im Inlande", hier von einer „durch einen Deutschen Gerichtshof" die Rede ist, und wenn auch die Motive des Militär-St.G.B. der Ansicht zu sein scheinen, daß das R.St.G.B. ein „gerichtliches" Erkennen der Strafe erfordere, so kann dem doch eine entscheidende Bedeutung nicht zugemessen werden, da der Wortausdruck des R.St.G.B. zu einem anderen, an sich völlig befriedigenden, Resultate führt. Dieses fassen wir dahin zusammen, daß zur Begründung des Rückfalles die Verhängung einer kriminellen Strafe erforderlich, daß es dagegen unerheblich ist, sowohl welcher Art dieselbe sei,[34]) als auch auf welche Weise sie verhängt worden.

---

[34]) Es genügt deshalb auch die Strafe des Verweises in Gemäßheit des § 57 Nr. 4 St.G.B. Oppenhoff Kommentar N. 6, anders Kayser in der Strafrechtszeitung B. 11 S. 196 zu 2, welcher den Verweis überhaupt nicht für eine Strafe hält.

Die Verhängung der Strafe begreift nur die eine Seite; der § 244 umfaßt auch die andere, die Verbüßung, welcher in § 245 die theilweise Verbüßung sowie der gänzliche oder theilweise Erlaß derselben gleich gestellt sind. Daß auch die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe nach § 60 St.G.B. als Strafverbüßung im Sinne der §§ 244 und 245 St.G.B. anzusehen sei, ist nie in Zweifel gezogen, wenn auch die Belehrung des Uebelthäters über die durch das Gesetz verhängten Nachtheile dabei nicht in der „fühlbaren Weise" erfolgt, wie sie die Motive bei der Begründung dieses Erfordernisses für den Rückfall im Auge haben. Die Belehrung dürfte in Wahrheit dann sogar regelmäßig völlig fortfallen, wenn die ganze Strafe für eine Verbrechensthat durch eine solche Anrechnung — womöglich noch bei einer auf Realkonkurrenz begründeten Anklage auf die wegen einer anderen Strafthat verhängten Untersuchungshaft[35]) — absorbirt wird, da der Angeklagte von einem solchen Urtheile wegen der alsdann statthabenden Entlassung aus der Haft meist mehr den Eindruck einer erfolgten Freisprechung als den einer Verurtheilung empfängt. Auch darüber herrscht auf der anderen Seite kein Zweifel, daß eine nach § 70 St.G.B. verjährte Strafe zur Begründung des Rückfalles ungeeignet ist, wiewohl die Verjährung in anderen Fällen der Verbüßung und dem Erlasse der Strafe gleich gestellt ist, wie z. B. in § 36 St.G.B.

Wenn früher auf eine Gesammtstrafe erkannt worden, so ist es genügend, wenn nur mit deren Verbüßung der Anfang gemacht ist, sollte dieselbe auch zum Theil wegen einer den Rückfall nicht begründenden Strafthat erkannt worden und die Einsatzstrafe sogar nach dieser bemessen gewesen sein, denn bei der Gesammtstrafe wird eben jeder Theil derselben wegen jedes der mitabgeurtheilten Vergehen verbüßt, und nicht etwa zunächst die Einsatzstrafe und dann deren Erhöhungen.

Inwiefern im Uebrigen mit der Verbüßung der Freiheitsstra-

---

[35]) Vgl. den der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 16. Juli 1875, Rechtsprechung B. 16 S. 550, zu Grunde liegenden Fall.

fen der Anfang gemacht sei, ist nach den Specialgesetzgebungen zu beurtheilen. Es erhellt hier, wie nothwendig im Interesse einer gleichmäßigen Verwirklichung der Vorschriften des St.G.B.'s eine die Strafvollstreckung umfassende Strafproceß-Ordnung sei, denn während z. B. nach § 429 der Preußischen St.P.O. vom 25. Juni 1867 selbst einem zu einer Zuchthausstrafe Verurtheilten, der kein Rechtsmittel eingelegt hat, die seit Verkündigung des Urtheils erlittene Untersuchungshaft unverkürzt auf die Strafe angerechnet wird, ist nach den für die altpreußischen Provinzen bestehenden Vorschriften (vgl. Oppenhoff Kommentar N. 2 zu § 15) die Verbüßung einer Zuchthausstrafe erst von der Ablieferung des Verurtheilten an das Zuchthaus zu berechnen. Handelt es sich um Anwendung des § 244 St.G.B.'s, so kann die Entscheidung möglicher Weise verschieden und ev. für den unter der Herrschaft der neuen St.P.O. Stehenden ungünstiger ausfallen, je nachdem die eine oder die andere Bestimmung zu Grunde zu legen ist.

Bei der Frage, inwieweit die gänzliche oder theilweise Verbüßung der Nebenstrafen als theilweise Verbüßung im Sinne des § 244 St.G.B. in Betracht komme, uuterscheidet Oppenhoff Kommentar N. 3 diejenigen Nebenstrafen, die mit der Rechtskraft der Verurtheilung von selbst ohne weitere Vollstreckungshandlung wirksam werden, wie namentlich die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter insbesondere (§ 36), von den besonders zu vollstreckenden Nebenstrafen, wie namentlich Einziehung eines Gegenstandes gemäß § 40 St.G.B. Die Wirkung jener hält er, abgesehen von einem unten zu besprechenden Falle, nicht für genügend, um als theilweise Verbüßung der Strafe zu gelten. Man wird dem beitreten müssen, nicht nur weil dadurch die Absicht des Gesetzgebers, daß der Angeklagte, ehe er die Strafschärfung wegen Rückfalles verdiene, erst das Strafübel empfunden haben müsse, gänzlich würde vereitelt werden, sondern auch namentlich deshalb, weil wegen der weiteren Vorschrift des § 36 St.G.B., wonach die Zeitdauer besagter Nebenstrafen erst von

dem Tage an berechnet wird, an dem die korrelate Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, auch von einer nur theilweisen Verbüßung dieser Nebenstrafen vor diesem Termine nicht die Rede sein kann, weil ihre Zeitdauer um nichts verringert wird. Dagegen unterliegt die Ansicht Oppenhoff's, daß die Vollstreckung der anderen Nebenstrafen ev. zur Begründung des Rückfalls genüge, erheblichen Bedenken. Erwägt man, daß die Tendenz des Gesetzgebers in Fällen dieser Art regelmäßig völlig würde vereitelt werden, indem das Konfiskat sich meist bei Fällung des Urtheils schon im Gewahrsam der Behörden befindet, so daß seine demnächstige Einziehung dem Verurtheilten nicht einmal vor die Augen tritt, daß auch die Einziehung der zu einem Diebstahle und Raube gebrauchten Werkzeuge oder Waffen kaum ein Uebel sein wird, daß endlich derartige Nebenstrafen überhaupt sowohl materiell für die Dreitheilung der strafbaren Handlungen als auch formell für die Kompetenz der Gerichte außer Betracht bleiben, so darf man wohl annehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er in den §§ 244 u. 245 St.G.B. die gänzliche oder theilweise Verbüßung der früher erkannten Strafen für die Begründung des Rückfalles forderte, damit lediglich die Hauptstrafen meinte. Diese Frage ist übrigens außer von Oppenhoff weder in der Theorie noch in der Praxis erörtert worden.

Noch ein die „Bestrafung" im Allgemeinen betreffender Punkt, bei dem beide Seiten der Bestrafung in Frage kommen, bedarf der Erörterung, die Beschaffenheit des Urtheils nämlich in processualischer Hinsicht. Es bedarf zunächst jedenfalls eines ordnungsmäßig verkündeten Urtheils; im Gerichtssaal B. 27 S. 223 f. wird eine Entscheidung eines Mecklenburgischen Obergerichtes mitgetheilt, welcher der Fall zu Grunde lag, daß eine acht und vierzigstündige Gefängnißstrafe vollstreckt wurde, ohne daß vorher das dieselbe wegen Diebstahls festsetzende Erkenntniß dem Angeklagten publicirt worden war. Mit Recht nahm das Obergericht an, daß eine derartige Inhaftirung zur Begründung des Rückfalles nicht mitrechnen könne. Es erhellt hieraus, daß in den Motiven zu § 245 St.G.B. einseitig das Gewicht ausschließlich auf die

Verbüßung gelegt und die ordnungsmäßige Verurtheilung als Voraussetzung des gedachten Paragraphen zu Unrecht ignorirt wird. Dagegen ist die Rechtskraft des Urtheils, wie Oppenhoff Kommentar N. 2 hervorhebt, nicht Erforderniß. Wird z. B. die Strafe auf Grund des § 158 der Verordnung vom 3. Januar 1849 oder des § 429 der Pr. St.P.O. vom 25. Juni 1867 verbüßt, während Seitens der Staatsanwaltschaft gegen das ergangene Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt ist, so gilt dieses als Verbüßung im Sinne der §§ 244 u. 245 St.G.B., auch wenn die neue Strafthat vor Eintritt der Rechtskraft verübt wurde. Ein derartiger Fall lag der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 20. März 1872 (Rechtsprechung B. 13 S. 217 ff.) zu Grunde, durch welche ein Erkenntniß vernichtet wurde, in dem eine Strafverbüßung im Sinne der §§ 244 und 245 St.G.B. als vorliegend nicht angenommen worden war. Der § 158 der Verordnung vom 3. Januar 1849 gestatte ausnahmsweise, heißt es in den Gründen, eine anticipirte Strafvollstreckung, also eine Verbüßung der Strafe; daran habe § 245 St.G.B. nichts geändert; die Motive legten zwar den Schwerpunkt in die Verbüßung der Strafe, sprächen sich aber so wenig, wie § 245 darüber aus, wann und in welcher Art diese Verbüßung anzunehmen sei.

Von den speciellen Erfordernissen der Bestrafung im Sinne des § 244 St.G.B. ist zunächst in Betracht zu ziehen, daß dieselbe im Inlande erfolgt sein muß. Die Motive geben keinen Aufschluß darüber, weshalb dieses Erforderniß aufgestellt worden; ein besonderer Grund hierzu muß aber vorgelegen haben, wenn wenigstens die von Bar in seinem Aufsatze: „Ueber einige strafrechtliche Fragen, welche durch die Verbindung mehrerer früher selbstständiger Deutscher Staaten mit der Preußischen Monarchie entstanden sind.“ (Goltdammer B. 15 S. 666) vertheidigte Ansicht, aus der ratio legis folge an sich, daß es gleichgültig sein müsse, ob der Verbrecher, um als rückfälliger bestraft zu werden, früher im Inlande oder im Auslande bestraft worden, richtig ist. Wie der Grund für die entsprechende Beschränkung

im § 219 Pr. St.G.B. darin gefunden wurde, daß die Rückfälligkeitsstrafe eine Konstatirung des früher begangenen Verbrechens und zugleich die Gerechtigkeit des früheren Urtheils, beziehungsweise der früher verbüßten Strafe, voraussetze, welche bei Verbrechen, die von inländischen Gerichten abgeurtheilt sind, unbedenklich durch das rechtskräftige Urtheil als erbracht gelten könne, während bei ausländischen Urtheilen hier eine Nachprüfung erforderlich scheine, (Bar a. a. O.; vergl. auch die oben A. 2 citirten Materialien zum Pr. St.G.B. und Hälschner System B. 1 S. 424), so findet ihn Stemann (Gerichtssaal B. 23 S. 417) für das R. St.G.B. darin, daß „den Gesetzen und Gerichten des Auslandes nicht eine zu ausgedehnte Macht eingeräumt" werde. In dem mit S. unterzeichneten Aufsatze über den Rückfall bei Stenglein B. 1 S. 35 werden noch einige weitere Gesichtspunkte geltend gemacht, wenn es heißt, die Bestimmung sei offenbar getroffen „weil sich bezüglich eines geordneten zuverlässigen Gerichtsverfahrens keine Grenze ziehen lasse, weil man dem Richter nicht die Last auferlegen könne, in fremden Strafen verfaßte, auf fremden Gesetzen begründete Urtheile zu berücksichtigen, weil der Nachweis der im Auslande verbüßten Strafen ein äußerst schwieriger ist, weil die Rechtsbegriffe im Auslande andere sind, wie im Inlande, also die Gleichartigkeit des Vordelikts ohne eingehende Prüfung nicht festgestellt werden könnte".

Ortloff (bei Stenglein B. 1 S. 10) ist der Ansicht, daß sich dieses Erforderniß der inländischen Bestrafung nur auf die Strafvollstreckung beziehe, „da auf die Verurtheilung gegenüber der Bestimmtheit des Ausdrucks im R.St.G.B. keine Rücksicht genommen werden dürfe." Allein das Unzutreffende dieses Grundes haben wir schon wiederholt hervorgehoben (vgl. oben S. 84 und 92) und ausgeführt, daß die Bestrafung in der Verurtheilung zu einer Strafe und der Verbüßung dieser erkannten Strafe bestehe. Ortloff, dem Meves in seinem Aufsatze: „Die Auslegung des St.G.B. in der Strafrechtsliteratur" (Strafrechtszeitung B. 12 S. 126 f.) ausdrücklich entgegen tritt, ist mit seiner Ansicht vereinzelt geblieben. Gerade entgegengesetzt hält Oppenhoff

Kommentar N. 4 zu § 245 es für genügend, wenn die im Inlande verhängte Strafe überhaupt verbüßt ist, „sollte die Vollstreckung auch (auf Requisition der inländischen Behörde) im Auslande erfolgt sein“; auch in diesem Falle sei die Bestrafung als im Inlande bewirkt im Sinne des § 244 St.G.B. anzusehen. Demgegenüber glauben wir, und zwar anscheinend in Uebereinstimmung mit Schwarze Kommentar A. zu § 2 S. 204 sowie auch mit dem Ober-Appellationsgerichte zu Dresden, wie aus einer gelegentlichen Bemerkung in der Entscheidung vom 21. Juni 1872 (Stenglein B. 2 S. 109) hervorgehen dürfte, eine einheitliche Auslegung des Wortes „bestraft“ im § 244 St.G.B. festhalten zu müssen, derartig, daß wir darunter wie in seinen übrigen Beziehungen so auch in seiner Verbindung mit den Worten „im Inlande“ die Verurtheilung und die Verbüßung verstehen; beides — die Verbüßung nach § 245 St.G.B. wenigstens theilweise — muß unseres Erachtens im Inlande geschehen sein. Die Motive zum R.St.G.B. ergeben zwar hierüber so wenig etwas, als überhaupt über den Grund, weshalb nur eine inländische Bestrafung zur Begründung des Rückfalls für geeignet erachtet worden sei. Der Gesichtspunkt aber, welcher den Gesetzgeber hierbei vermuthlich geleitet hat, steht jener strengeren sich am natürlichsten ergebenden Auslegung des Erfordernisses der inländischen Bestrafung in keiner Weise entgegen.

Was zunächst die Verhängung der Strafe anbetrifft, so muß dieselbe durch eine Behörde erfolgt sein, welche ihren Sitz im Inlande hat. Mit Recht verneinte deshalb ein Erkenntniß des Reichs-Ober-Handelsgerichts vom 6. Dezember 1872 (Strafrechtszeitung B. 13 S. 344) die Anwendbarkeit des § 244 St.G.B. in einem Falle, in welchem der Angeklagte, obgleich in einem Deutschland einverleibten Theile von Elsaß-Lothringen wohnend, durch einen französischen Gerichtshof verurtheilt worden war, zu dessen Gerichtssprengel zwar jener Theil gehörte, dessen Sitz aber der Einverleibung nicht mit unterworfen worden war. Nur eine Ausnahme erleidet jene Regel in Folge einer rechtlichen Fiktion, dann nämlich, wenn von einem Militärgericht auf Grund der Militär-Straf-

gesetze ein Erkenntniß im Auslande gefällt worden. So entschied das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 10. September 1873 (Rechtsprechung B. 14 S. 523 ff.) in einem Falle, in welchem der Angeklagte zur Zeit der früheren Verurtheilungen durch Militärgerichte selbst Militärperson gewesen war, indem es mit Recht aus § 10 R.St.G.B. und § 7 des Militär-St.G.B. vom 20. Juni 1872, sowie der historischen Entwickelung dieser Bestimmungen aus den Preuß. Militärstrafgesetzen folgerte, „daß der innere Sinn aller dieser ineinander greifenden Gesetze dahin geht, daß die von Militärpersonen während ihres dienstlichen Aufenthaltes im Auslande dort begangenen strafbaren Handlungen so angesehen werden sollen, als seien sie im Inlande verübt." Die Konsequenz davon sei, „daß die in solchen Fällen ergehenden kriegsgerichtlichen Erkenntnisse als inländische betrachtet werden müssen, sofern sie von inländischen Militärgerichtshöfen abgefaßt worden, sollte auch der Ort, an dem sie gefällt worden, sich im Auslande befinden." Auf das Territorium komme es nicht an, da der Heereskörper, aus dem das Kriegsgericht gebildet werde, das Land, dem er angehöre, vertrete. Dieser Grund trifft auch dann zu, wenn das Militärgericht, gemäß § 155 des Militär-St.G.B. über eine Civilperson urtheilt und da dieselbe alsdann überhaupt dem Militär-St.G.B. unterworfen ist, so gilt in Betreff ihrer auch der § 7 R.St.G.B. und ist deshalb auch in einem solchen Falle gleichfalls ein derartiges im Auslande gefälltes kriegsgerichtliches Erkenntniß einem inländischen gleichzustellen. Eine weitere Ausnahme, welche Meyer Lehrbuch S. 315 N. 11 statuirt, kann dagegen nicht anerkannt werden. Selbst wenn im Inlande ausnahmsweise ein ausländisches Strafurtheil vollstreckt werden sollte, so kann dieses dennoch nicht der erforderlichen inländischen Verurtheilung gleichgestellt werden, da es an einem dieses rechtfertigenden Gesetze oder Rechtsatze fehlt.

Die Verbüßung der Strafe im Inlande anlangend, so kann zweifelhaft sein, ob und in wieweit dieselbe vorliegt, wenn der § 7 oder der § 37 St.G.B. zur Anwendung kommt. Oppenhoff Kommentar N. 2 zu § 245 stellt beide Fälle gleich, indem er

hier wie dort eine Verbüßung im Sinne der §§ 244 und 245 St.G.B. als vorliegend annimmt, da er die Verbüßung „im Inlande“ nicht als ein Erforderniß ansieht (N. 4 zu § 245). Indem wir aber in dieser Beziehung von einer anderen Ansicht ausgehen, werden wir beide Fälle unterscheiden müssen.

Wenn § 7 St.G.B., lautend:

„Eine im Auslande vollzogene Strafe ist, wenn wegen derselben Handlung im Gebiete des Deutschen Reichs abermals eine Verurtheilung erfolgt, auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen“

Platz greift (wobei übrigens häufig noch eine theilweise Strafvollstreckung im Inlande vorzunehmen sein wird), so liegt der Fall ebenso, als wenn die erkannte Strafe durch Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft für ganz oder theilweise verbüßt erachtet wird. (Vgl. Oppenhoff Kommentar Noten zu § 7 und Rüdorff Kommentar N. 1 zu demselben §.) In beiden Fällen kommt die erkannte Strafe insoweit überhaupt nicht zur Vollstreckung, und besonders kann man im Fall des § 7 St.G.B. keineswegs sagen, daß dieselbe im Auslande vollstreckt sei. Denn es wurde eine Strafe auf Grund eines von einem dortigen Gerichte gefällten Urtheils vollzogen; dieses ausländische Urtheil existirt an sich für das inländische nicht, macht für das Verfahren im Inlande keine res judicata und nur aus Billigkeitsrücksichten ist die wirklich vollzogene Strafe auf die zu erkennende kraft positiver Bestimmung anzurechnen. Hiernach wird man eine derartige inländische Verurtheilung, bei welcher auf die zu erkennende Strafe die im Auslande vollzogene angerechnet wird, als zur Begründung des Rückfalls für geeignet halten müssen. Anders, wenn im Inlande ein Urtheil auf Grund des § 37 St.G.B. gefällt ist, welcher lautet:

„Ist ein Deutscher im Auslande wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft worden, welches nach den Gesetzen des Deutschen Reichs den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat oder zur Folge haben kann, so ist ein neues Strafverfahren

zulässig, um gegen den in diesem Verfahren für schuldig Erklärten auf jene Folge zu erkennen."

Denn dieses kann — im Gegensatz zum Falle des § 7 — nur dann eintreten, wenn die Verfolgung einer von einem Deutschen im Auslande begangenen Uebelthat nach § 5 Nr. 1 St.G.B. im Inlande deshalb ausgeschlossen bleibt, weil von den Gerichten des betr. Auslandes über die Handlung bereits rechtskräftig auf Strafe erkannt und die letztere vollzogen ist (Oppenhoff Kommentar N. 1 zu § 37). Hier handelt es sich nur um eine nachträgliche Verhängung der Ehrenstrafen, zu welchem Zwecke das inländische Gericht selbstverständlich seinerseits die Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten frei gewinnen muß (Oppenhoff Kommentar N. 11 zu § 37), aber das ausländische Urtheil und die dort vollzogene Strafvollstreckung wird doch insofern völlig respectirt, als auf Grund jenes die erkannte Strafe verbüßt ist. Der inländische Richter muß zwar, wenn er auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkennen will, aussprechen, daß er auf mindestens drei Monate Gefängniß (§ 32 St.G.B.) erkannt haben würde, aber er hat in Wahrheit im vorliegenden Falle keine andere Strafe zu erkennen, als die Nebenstrafe, während er im Falle des § 7 für die Uebelthat die volle Strafe an sich zu verhängen und darauf nur die im Auslande bereits vollzogene anzurechnen hat. Wenn Rüdorff Kommentar N. 4 zu § 37 sagt, eine aus diesem Paragraphen erfolgende Verurtheilung könne eine Rückfallsstrafe deshalb nicht begründen, weil hierzu nach § 245 St.G.B. die Verbüßung einer im Inlande erkannten Strafe vorausgesetzt werde, so ist dieser Grund ausreichend, da in der That zwischen der Strafverbüßung im Auslande und der Verurtheilung im Inlande ein ursächlicher Zusammenhang nicht besteht. Obgleich Rüdorff hiernach die Strafvollstreckung im Inlande nicht für Begründung des Rückfalls erforderlich zu achten scheint,[36]) so ist doch das Resultat, zu dem er gelangt, das

---

[36]) Vgl. übrigens Rüdorff's Kommentar N. 4 zu § 244, wonach seine Ansicht für zweifelhaft gehalten werden muß.

gleiche mit dem unsrigen, während Oppenhoff Kommentar N. 2 zu § 245 und N. 15 zu § 37 entschieden differirt, die Schwarze'sche Ansicht aber nicht hinreichend erhellt, wenn er Kommentar S. 108 zu f (in der ersten und zweiten Ausgabe S. 122 zu e) sagt: „Die anderweite Qualifikation der That hat nur Einfluß auf die Frage wegen der Ehrenrechte, nicht aber auf andere Folgen der Verurtheilung, z. B. bei späteren Verbrechen ꝛc. auf die Frage des Rückfalls".

Wenn das R. St. G. B. die Bedingung der inländischen Bestrafung, d. h. also der Verurtheilung und Strafvollstreckung aufstellt, so ist es milder als jedes andere Gesetz, welches zur Begründung des Rückfalles in irgend einer Richtung auch schon eine ausländische Bestrafung für hinreichend erachtet. Ev. würde deshalb beim Vorliegen des Falles des § 2 Abs. 2 St.G.B. das Reichs-Strafgesetzbuch anzuwenden sein. Im Vergleich mit anderen Strafgesetzbüchern, welche ebenfalls inländische Bestrafung in dem eben gedachten Sinne erfordern, wird aber dasjenige als das mildere erscheinen, welches den Begriff des Inlandes am engsten faßt; bei im Uebrigen gleichen Voraussetzungen wird deshalb das R. St.G.B. gegenüber jedem der früheren partikularrechtlichen in Deutschland geltenden St.G.B. als das härtere erscheinen. Dies gilt aber auch insofern das R. St.G.B. selbst im Laufe der Zeit den Begriff Inland erweitert haben sollte; es muß dann diejenige spätere Redaktion desselben, nach welcher dieses den weitesten Umfang hat, als das härtere erscheinen und deshalb auf eine noch unter der Geltung der früheren Redaktion verübte That diese letztere Anwendung finden. Bekanntlich hat das Strafgesetzbuch verschiedene Redaktionen erfahren, es ist ferner nach und nach in verschiedenen weiteren Gebietstheilen eingeführt worden, wobei der aus § 8 desselben zu entnehmende Begriff des Inlandes theils ausdrücklich, theils stillschweigend eine Aenderung erfuhr. Im Einzelnen sind zur Beurtheilung der eingetretenen Wandelungen folgende Data zu berücksichtigen:

1. Durch das Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870 erhielt

das St.G.B. vom 1. Januar 1871 ab im Gebiete des N. D. Bundes Geltung. Der § 8 des St.G.B.'s lautete:

„Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum N. D. Bunde gehörige Gebiet.“

2. Die Verfassung des Deutschen Bundes, außer den zum bisherigen N. D. Bunde gehörigen Gebieten Baden und Hessen südlich vom Main begreifend, wurde — unter Bestimmung der Geltungskraft in den bezügl. Protokollen vom 1. Januar 1871 ab — am 31. Dezember 1870 publicirt, und am selben Tage der mit Würtemberg abgeschlossene Beitrittsvertrag vom 25. November 1870, während der Beitrittsvertrag mit Bayern vom 23. November, in dem der Beginn der Wirksamkeit des Vertrages gleichfalls auf den 1. Januar 1871 festgesetzt war, erst am 31. Januar 1871 publicirt wurde;[37]) Elsaß-Lothringen wurde durch Gesetz vom 9. — publicirt am 14. — Juni 1871 mit dem D. Reiche vereinigt.

3. Das St.G.B. wurde eingeführt:

a) in Hessen südlich vom Main zugleich mit der Verfassung des D. Bundes durch Art. 80 derselben,

b) in Elsaß-Lothringen vom 1. Oktober 1871 ab durch Verordnung vom 30. August 1871,

c) in Baden, Würtemberg und Bayern vom 1. Januar 1872 ab durch Art. 80 der Verfassung des Deutschen Bundes bezw. durch betr. Bestimmungen in den Beitrittsverträgen.

4. Durch § 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 betr. die Verfassung des Deutschen Reichs (publicirt am 20. April) wurde bestimmt, daß wo in den im Art. 80 der Verfassung des D. B. bzw. an den betr. Stellen der Beitrittsverträge bezeichneten Gesetzen, namentlich also auch im St.G.B., vom N. D. Bunde die Rede sei, das Deutsche Reich verstanden werden solle.

5. Durch Gesetz vom 15. Mai 1871 erhielt das St.G.B.

---

[37]) Gewöhnlich wird die Geltungskraft der Verfassung des D. Bundes für sämmtliche Gebietstheile — für Bayern mit rückwirkender Kraft — vom 1. Januar 1871 ab angenommen.

vom 1. Januar 1872 ab als „St.G.B. für das Deutsche Reich“ seine neue Fassung, nach welcher § 8 lautete:

„Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum Deutschen Reiche gehörige Gebiet“.

Da aus der Fassung des § 8 sich der Begriff des „Inlandes“ mit Nothwendigkeit als „Norddeutscher Bund“ bezw. „Deutsches Reich“ ergiebt, so erhellt von selbst, daß sich der Begriff des Inlandes im Verhältnisse der späteren und der früheren Redaktion des St.G.B.'s erweitert habe. Es fragt sich aber, ob nicht eine derartige Erweiterung des Begriffes „Inland“ im Sinne des St.G.B.'s schon früher vor sich gegangen sei. Unbedenklich wird man dieses annehmen müssen mit der Geltung des Gesetzes vom 16. April 1871 kraft der ausdrücklich in § 2 desselben getroffenen, keine Zeitbeschränkung enthaltenden, Bestimmung. So sagen auch die Motive zu dem Gesetze betr. die Redaktion des St.G.B. für den N.D. Bund als St.G.B. für das D. Reich vom 15. Mai 1871, (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des D. Reichstages 1. Session 1871 B. 3 S. 207): „Wenn letzteres — d. h. daß eine Reihe von Vorschriften des St.G.B.'s für den N.D. Bund, in denen nach ihrem damaligem Wortlaute formell noch vom Norddeutschen Bunde gesprochen wurde, sachlich auf das ganze Reich zu beziehen sei, — auch für den Rechtskundigen nach § 2 des Publikationsgesetzes zu der neu redigirten Reichsverfassung keinem Zweifel unterliegt, so wird dieses Ergebniß juristischer Interpretation“ u. s. w. Man muß auch nothwendig weiter gehen und annehmen, daß Hessen südlich vom Main — woselbst das St.G.B. bereits vor dem Gesetze vom 16. April 1871, nämlich zugleich mit der Bundesverfassung Geltung erhielt — schon von diesem Zeitpunkte ab als Inland im Sinne des St.G.B.'s gegolten habe, denn ein Gesetz, das kraft des Gesetzgebungsrechtes des Reiches in Geltung ist, kann nicht innerhalb seines eigenen Geltungsgebietes Inland und Ausland unterscheiden: man käme sonst zu dem Resultate, daß in Hessen südlich vom Main dieses Land selbst nicht als Inland im Sinne des daselbst gleichfalls geltenden St.G.B.'s anzusehen gewesen sein würde. Da-

gegen muß es und zwar besonders nach den eben angeführten Motiven bedenklich erscheinen, soweit zu gehen, daß man mit der Erweiterung des Bundes bezw. Reichsgebietes auf Baden, Würtemberg, Bayern und bezw. Elsaß-Lothringen, namentlich in Folge des für ganz Deutschland verfassungsmäßig bestehenden gemeinsamen Indigenats ohne Weiteres auch im Sinne des St.G.B.'s den Begriff des Inlandes auf diese neuen Gebietstheile mit erstreckt ansieht. Wie jene Motive ergeben, ging der Gesetzgeber, als er den Entwurf der neuen Redaktion des St.G.B.'s vorlegte, offenbar nicht von der Ansicht aus, daß der Begriff „Inland" im St.G.B. von selbst, sondern von der, daß er in Folge des Gesetzes vom 16. April 1871 erweitert worden sei. Und wenn die Motive zu diesem Gesetze (a. a. O. S. 10) sagen: „Dieses Gesetz ist zugleich der Ort, um die rechtlichen Wirkungen ein für allemal festzustellen, welche mit der Einführung eines Norddeutschen Gesetzes als Reichsgesetz verbunden sind", so bezieht sich dies auf Absatz 3 des § 2 jenes Gesetzes, lautend: „Dasselbe gilt (d. h. daß unter dem Ausdrucke „Norddeutscher Bund" das „Deutsche Reich" zu verstehen sei) von denjenigen im Norddeutschen Bunde ergangenen Gesetzen, welche in der Folge in einem der genannten Staaten (d. h. Baden 2c.) eingeführt werden". Man sieht daraus, daß auch in diesen Gesetzen trotz der Erweiterung des Bundesgebietes dennoch nicht ohne Weiteres statt „Norddeutscher Bund", „Deutsches Reich" zu lesen war, sondern erst mit der Einführung in die neu hinzugekommenen Gebiete. Auch der von Fuchs (Begriff des Auslandes in der Strafrechtszeitung B. 12 S. 433) dafür, daß mit der Erweiterung des Bundesgebietes sich auch der Begriff „Inland" auf dieses ganze neue Gebiet habe erstrecken müssen, angeführte Grund: „vom Augenblicke der Konstituirung des Deutschen Reichs habe es einen Norddeutschen Bund unzweifelhaft nicht mehr gegeben, und § 8 wäre daher andernfalls gegenstandslos", ist nicht für durchschlagend zu erachten, da „Norddeutscher Bund" nach Konstituirung des Deutschen Reichs an sich sehr wohl im Sinne von: „Gebiet des ehemaligen N.D.B.'s" würde verstanden werden können. Erwägt man endlich, die einzelnen

Bestimmungen des St.G.B.'s, in denen vom Ausland und von Ausländern die Rede ist, ins Auge fassend, daß daraus nicht viele Inkonvenienzen entstehen konnten, wenn im Geltungsgebiete des St.G.B.'s ein Theil des Deutschen Reichs noch vorläufig als „Ausland" galt, indem gerade die wichtigsten Bestimmungen, z. B. des § 4 Abs. 2 („kann") und des § 37 („zulässig") nur fakultativ sind, so wird man doch — so sehr auch dem Gefühle die Ansicht widerstrebt, daß im Sinne eines in einem Theile des Deutschen Reichs geltenden Gesetzbuches ein anderer Theil Deutschlands noch eine Zeitlang als Ausland gegolten haben — annehmen müssen, daß bis zu dem oben gedachten Zeitpunkte, dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 16. April 1871, wo positiv ein Anderes bestimmt wurde, im Sinne des St.G.B. derjenige Theil des Deutschen Reichs, in welchem er damals noch keine Geltung hatte, d. h. der Theil außer dem Gebiete des ehemaligen Norddeutschen Bundes und Hessens südlich vom Main, als „Ausland" galt.

Das Resultat, zu dem wir gelangen, ist folgendes:

Bei der Anwendung des § 244 muß auf die Zeit der abzuurtheilenden That gesehen werden und sind von Bedeutung folgende Zeitpunkte:

1. Der 1. Januar 1871, als der Zeitpunkt des Inkrafttretens des St.G.B's. im Gebiete des N.D.B. zufolge des § 1 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 und in Hessen südlich vom Main zufolge des Art. 80 der Verfassung des Deutschen Bundes.[38])

2. Der 4. Mai 1871, als Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes vom 16. April 1871, von wo ab gesetzlich der Begriff Inland im Sinne des St.G.B. auf das Gebiet des Deutschen Reichs ausgedehnt wurde.

---

[38]) Nimmt man die Geltung der Verfassung erst vom 14. Januar 1871 — dem vierzehnten Tage nach der Ausgabe der betr. Nummer des R.G.Blatts — an, so würde man auch erst von da an die Geltung des St.G.B. in Süd-Hessen datiren können.

Ist ein Diebstahl vor einem der bezüglichen Einführungstermine des St.G.B. begangen worden und kommt bei der Aburtheilung desselben der Rückfall in Frage, so findet das R. St. G. B. Anwendung, wenn das früher in dem betreffenden Gebietstheile geltende Strafgesetz den Rückfall ohne Rücksicht darauf, wo die Vorbestrafung erfolgt sei, annahm, wenn also z. B. der Diebstahl im Königreich Sachsen begangen war. Erforderte dagegen das frühere Strafgesetz eine Vorbestrafung im Inlande, so war das Inland in seinem Sinne mit dem Begriffe des Inlandes im Sinne des R. St. G. B's. in Vergleich zu ziehen; war die That beispielsweise in Preußen begangen, so konnte eine Vorbestrafung in einem anderen Theile des Norddeutschen Bundes nicht in Betracht kommen, da das Pr. St. G. B. Vorbestrafung durch einen Preußischen Gerichtshof erforderte.

Ist aber der Diebstahl nach Einführung des St.G.B. in dem betreffenden Landestheil, wo er zur Aburtheilung kommt, begangen, so ist die Frage, ob eine inländische Bestrafung vorliege, gemäß unserer obigen Ausführungen dahin zu entscheiden, daß im Gebiete des Norddeutschen Bundes und in Hessen südl. vom Main bis zum 4. Mai 1871 nur eine in diesen beiden Gebieten, von da ab aber jede im Gebiete des Deutschen Reichs überhaupt erfolgte Vorbestrafung als inländische galt, während in Elsaß-Lothringen, sowie in Baden, Würtemberg und Bayern sofort von der Geltung des St. G. B's. in diesen Landestheilen ab jede im Gebiete des D. Reichs erfolgte Vorbestrafung als inländische anzusehen war.

Die Praxis hat schon vielfach Gelegenheit gehabt, sich mit der vorliegenden Frage zu beschäftigen, und auch in der Theorie ist dieselbe theils selbstständig, theils im Anschluß an Entscheidungen der Gerichtshöfe mehrfach erörtert.

Was die obersten Gerichtshöfe anbetrifft, so sind vom Ober-Tribunal und dem ehemaligen preußischen Ober-Appellationsgerichte Entscheidungen ergangen, welche mit unseren obigen Ausführungen völlig übereinstimmen. So hat ein Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 2. März 1871 (Rechtsprechung B. 12 S. 130 ff.)

angenommen, daß eine in Hessen südlich vom Main vor der Vereinigung dieses Landestheiles mit dem Deutschen Reiche erfolgte Bestrafung für einen nach jener Vereinigung (in Preußen) verübten Diebstahl die Verhängung der Rückfallsstrafe rechtfertige. (Frühere Bestrafungen wegen Diebstahls: 1866 zu Hameln, 1870 zu Darmstadt; die jetzigen Diebstähle waren am 7. und 8. Januar 1871 zu Frankfurt am Main begangen).

Hinsichtlich der dem N. D. Bunde später beigetretenen Süddeutschen Staaten hat aber das Ober-Appellationsgericht unterm 14. Februar 1872 (Oppenhoff Rechtsprechung B. 13 S. 141 ff.) ausgesprochen, daß jeder derselben von der Wirksamkeit des Gesetzes vom 16. April 1871 an als „Inland" im Sinne der §§ 8 u. 244 anzusehen sei. (Eine der Vorbestrafungen war 1869 zu Baden erfolgt; indem jetzt Diebstähle abzuurtheilen waren, von denen einige im Frühjahr, einer im August 1871 verübt war, wurde hier § 244 als vorliegend angenommen, dort aber nicht).

Endlich entschied das Ober-Tribunal unter 4. Juli 1873 (Rechtsprechung B. 14 S. 485), daß bei einem, nach Inkrafttreten des St.G.B. in ganz Deutschland begangenen, Diebstahle eine Vorbestrafung, welche an einem jetzt zum Deutschen Reiche gehörenden Orte zu einer Zeit stattgefunden, wo diese Zugehörigkeit noch nicht begonnen hatte, die Rückfälligkeit begründe. (Verurtheilungen wegen Diebstahls: 1867 zu Danzig und am 24. Februar 1871 zu Plappeville bei Metz durch das Kriegsgericht; der neue Diebstahl war begangen am 8. Dezember 1872 zu Danzig.)

Auch die Entscheidungen des Kgl. sächsischen Ober-Appellationsgerichtes stehen mit unserer Darstellung in Uebereinstimmung; so stellt diejenige vom 21. Juni 1872 (Stenglein B. 2 S. 108 f.) hin, daß behufs Anwendung des § 244 St.G.B. der abzuurtheilende Diebstahl in einer Zeit verübt worden sein müsse, zu welcher das früher ausländische Gebiet, in welchem die Vorbestrafung erfolgt sei, bereits den Charakter des Inlandes angenommen habe. (Eine der früheren Vorbestrafungen wegen Diebstahls war 1868 in Würtemberg erfolgt; Zeit der jetzigen That der 21. Dezember 1871.) Indem hierdurch das Gewicht auf die Zeit

der Verübung der Strafthat gelegt wird', erhält das frühere Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 24. April 1871 (Stenglein B. 1 S. 23), wonach jede im Gebiete des Deutschen Reichs verhängte frühere Bestrafung als im Inlande erfolgt gelte, wenn dieselbe noch vor dem Inkrafttreten der Verfassung des Norddeutschen Bundes ausgesprochen worden sei, seine nöthige Begrenzung. (Es lag hier eine Vorbestrafung vor, die in Preußen bereits vor der Stiftung des N. D. Bundes erfolgt war und handelte es sich augenscheinlich jetzt um einen nach dem Inkrafttreten des St.G.B.'s begangenen Diebstahl.) Unter derselben Voraussetzung erscheint auch das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes zu Jena vom 24. Mai 1871 (Stenglein B. 1 S. 183 f.) zutreffend, wenn es die Bestimmungen des § 244 St.G.B. auch auf den Fall bezieht, wo Jemand vor dem Eintritt der Giltigkeit des St.G.B.'s, aber in einem Territorium, welches zur Zeit der Begehung der — früheren, bereits abgeurtheilten — That nicht zum Inlande gehörte, wohl aber nach der jetzigen Gesetzgebung zu demselben zu rechnen ist, bestraft wurde. In dem von Fuchs (Strafrechtszeitung B. 12 S. 431 vgl. oben S. 102) mitgetheilten Erkenntnisse desselben Gerichtshofes,[39]) dessen Datum nicht konstirt, ist angenommen worden, daß bezüglich eines am 16. Juli 1871 zu Hildburghausen begangenen Diebstahls zwei in Bayern am 11. Februar 1869 und am 23. März 1871 erfolgte frühere Verurtheilungen den Rückfall nicht begründen könnten, weil die neue Redaktion des R. St.G.B.'s vom 15. Mai 1871 erst am 1. Januar 1872 in Kraft trete, mithin bis dahin die ältere Fassung des Bundes-St.G.B. in Giltigkeit bliebe und Bayern im Sinne desselben so lange als Ausland zu betrachten sei. Dieses Erkenntniß hat unsers Erachtens verkannt, daß bereits das Gesetz vom 16. April 1871 den Begriff des Inlandes im Sinne des St.G.B.'s auf sämmtliche Gebietstheile des Deutschen Reichs ausdehnte und daß deshalb, da es sich um einen nach dem Inkrafttreten jenes Ge-

[39]) Vgl. auch Oppenhoff Kommentar N. 8 zu § 8.

setzes begangenen Diebstahl handelte, die in Bayern erfolgten Vorbestrafungen als inländische gelten mußten.

Aber auch die von Fuchs im Gegensatz zu diesem Erkenntnisse entwickelte Ansicht, wonach von dem Augenblicke an, wo man staatsrechtlich die Existenz eines D. Reichs als erweiterten D. Bund anerkennen müsse, auch der Begriff „Inland" im § 8 St.G.B. von selbst eine andere und erweiterte Bedeutung erhalten habe, erscheint nach unseren obigen Ausführungen andererseits zu weit gehend. Mit denselben stimmen jedoch überein: Oppenhoff Kommentar § 244 N. 1 und § 8 N. 8, Schütze Lehrbuch S. 439 A. 18, Merkel in Holtzendorffs Handbuch B. 3 S. 688, Taube im Gerichtssaal B. 24 S. 290 Nr. 11, ferner der Verfasser des oben S. 94 citirten Aufsatzes in Stenglein's Zeitschrift B. 1 S. 35, endlich Meves in der Strafrechtszeitung B. 12 S. 126.

Dagegen weichen von der vorgetragenen Ansicht zunächst Rüdorff Kommentar N. 2 und Schwarze Kommentar S. 612 A. insofern ab, als sie, wie das Ober-Appellationsgericht zu Jena, in Rücksicht auf bis zum 1. Januar 1872 begangene Strafthaten unter Inland nur das Gebiet des Norddeutschen Bundes und Südhessen verstehen. Abgesehen ferner von Bar, welcher gelegentlich der Einverleibung der neuen Provinzen in den Preußischen Staat sich (bei Goltdammer B. 15 S. 667) abweichend vom Ober-Tribunal dahin ausgesprochen hatte, daß die früher ergangenen Urtheile der Gerichtshöfe der neu hinzugekommenen Landestheile als Urtheile nichtpreußischer Gerichtshöfe anzusehen und daher beim Rückfalle nicht in Betracht zu ziehen seien, sind jetzt principiell abweichende Ansichten in den bereits citirten Aufsätzen von Ortloff bei Stenglein B. 1 S. 9 und von Stemann im Gerichtssaal B. 23 S. 413 ff. vorgetragen. Jener versteht unter „Inland" im Sinne des St. G. B. für die Norddeutschen Staaten in Folge der bereits stattgehabten Fixirung des Begriffs derselben in der Verfassung des Norddeutschen Bundes eben dieses Gebiet, und für die in den Reichsverband aufgenommenen Staaten in Folge der Reichsverfassung das Reichsgebiet, derartig, daß Vorbestrafungen vor dem Eintritt der Bundes- bzw. Reichsverfassung

für den Rückfall überhaupt außer Betracht bleiben müßten. Dieser endlich erachtet zur Anwendung des § 244 St.G.B. abgesehen von Vorbestrafungen, welche nach Einführung der Verfassung des Norddeutschen Bundes oder des Deutschen Reiches erfolgt sind, nur solche für geeignet, welche in demselben Einzelstaate vorgenommen waren, in dem jetzt die Aburtheilung erfolgt.

Was das zweite specielle Erforderniß der Bestrafung betrifft,[40]) so muß der Angeklagte „als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler" bestraft worden sein. Soweit nur das Reichsstrafrecht in Frage kommt, d. h. soweit die Vorbestrafung schon nach demselben zu beurtheilen war, besteht heute kaum ein Zweifel mehr. Es genügt deshalb die Verweisung auf Oppenhoff Kommentar N. 7, 9 u. 10 und Schwarze Kommentar S. 614 N. *††, wobei nur ergänzend zu bemerken ist, daß — wie auch das Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 12. Juni 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 399 ff.) ausgesprochen hat — ein Holzdiebstahl im Sinne des Preußischen Gesetzes vom 2. Juni 1852 niemals mit der Strafe des § 244 belegt werden kann. Wir verweisen ferner lediglich auf Oppenhoff Kommentar N. 8, nachdem derselbe und ebenso Schütze Lehrbuch S. 439 A. 18 ihre frühere Ansicht, daß eine Vorbestrafung wegen Anstiftung bzw. Beihülfe zu jenen Delikten behufs Begründung des Rückfalles nicht genügten, haben fallen lassen. Allgemein und insbesondere auch in der Praxis der höchsten Gerichtshöfe wird jetzt nicht nur die Bestrafung wegen Versuchs eines Diebstahls, sondern auch wegen Anstiftung oder Beihülfe dazu für ausreichend erachtet, so daß die aus früherer Zeit stehen gebliebene widersprechende Ansicht Stemann's (Gerichtssaal B. 23 S. 412) demgegenüber ohne Bedeutung sein dürfte. Schwierigkeiten zeigen sich aber, wenn die Vorbestrafung unter der Herrschaft eines anderen Strafgesetzbuches erfolgt ist. Es fragt sich alsdann, was gilt, wenn eine Aenderung der Gesetzgebung eingetreten ist und zwar erstens

[40]) Wegen des ersten vgl. oben S. 93.

in der Richtung, daß ein unter der früheren Gesetzgebung Bestrafter nach dem R. St.G.B. — trotz Vorliegen des Deliktes — wegen nicht vollendeten zwölften Lebensjahres oder wegen Mangels des nunmehr erforderlichen Strafantrages nicht hätte strafrechtlich verfolgt werden können, ferner in der Richtung, daß sich der jetzige Verbrechensbegriff nicht mehr mit dem früheren deckt, sei es, daß überhaupt andere Thatbestandsmomente erfordert werden, sei es, daß jetzt aus dem allgemeinen Verbrechensbegriff ein specieller ausgesondert oder daß umgekehrt eine früher bestandene Aussonderung jetzt in Wegfall gekommen ist.

Die erste Frage hat dem Ober=Tribunal unterm 14. März 1872 (Rechtsprechung B. 13 S. 207) zur Entscheidung vorgelegen und ist unseres Erachtens mit Recht angenommen, daß es nicht darauf ankomme, ob der Angeklagte zur Zeit seiner früheren Bestrafungen noch nicht zwölf Jahre alt gewesen sei. Der § 244 stellt ganz strikt eine Vorbestrafung „als Dieb" zur Bedingung hin; eine solche hat aber stattgefunden, selbst wenn nach der jetzigen Gesetzgebung die Verfolgbarkeit des Angeklagten von anderen, damals nicht vorliegenden, Bedingungen abhängt. Diese Ansicht vertritt auch Stemann, im Gerichtssaal B. 23 S. 424, obgleich derselbe in Beantwortung der zweiten Frage von fast allen Uebrigen abweicht.

In Bezug auf diese führt Stemann aus (a. a. O. S. 422): „Man wird annehmen müssen, daß der Gesetzgeber bei den von ihm zur Regelung des Rückfalles erwähnten Vorbestrafungen die in seinem Gesetzbuche normirten Thatbestände vor Augen gehabt hat, so daß nur diejenigen Handlungen, welche nach dem geltenden Gesetze als Diebstahl sich bezeichnen lassen, geeignet erscheinen, einen Rückfall zu begründen. Sonst würde man in einem Falle, wo kein Grund vorliegt, die Prüfung zu unterlassen, dahin gelangen, eine und die nämliche Strafthat nach zwei verschiedenen Gesetzgebungen gleichzeitig zu beurtheilen, das eine Moment des Thatbestandes, die Rückfälligkeit, nach dem neuen Gesetze, wobei zugleich einem aufgehobenen Gesetze fortdauernde Wirksamkeit beigelegt werden würde. Für die Gesammtbeurtheilung des rück-

fälligen Verbrechens nach dem neuen Gesetze scheint uns auch der innere Grund der härteren Bestrafung des im Rückfalle begangenen Verbrechens zu sprechen. Wer nach der älteren Gesetzgebung wegen Diebstahls bestraft worden ist, weil er Wild auf fremden Jagdrevieren sich unbefugt angeeignet, oder unbefugter Weise in fließenden Gewässern gefischt hat, oder weil er eine That begangen hat, welche neuere Gesetze als Holz- oder Feldfrevel oder als Uebertretung nach § 370 Nr. 5 u. 6 St.G.B.'s bezeichnen, bei dem mag sich wohl die Neigung zur wiederholten Verübung gerade dieser Handlungen ausbilden, aber schwerlich eine Neigung zu anderen Handlungen, welche die Merkmale des Diebstahls im Sinne des neuen gemeinen Rechts an sich tragen, und wenn er in Zukunft einen solchen Diebstahl verüben sollte, wird man nicht behaupten können, daß diese That mit den früher bestraften Handlungen durch eine verbrecherische Gewohnheit verknüpft sei." Weiter heißt es, daß wenn man in solchem Falle den Rückfall als vorliegend annehmen wolle, man alsdann dessen Begriff ungebührlicher Weise erweitere; gehe eine solche Erweiterung über das jetzt anerkannte Bedürfniß hinaus, so sei es nöthig, um diesen Fehler zu vermeiden, bei eingetretenem Wechsel der Gesetzgebung die früheren Fälle einer materiellen Prüfung nach dem neuen Gesetze zu unterziehen.

So durchschlagend auch diese Gründe scheinen, so hat sich denselben dennoch in Wissenschaft und Praxis nur das braunschweigsche Obergericht in der Entscheidung vom 23. Juni 1871 (Stenglein B. 1 S. 153) angeschlossen. Bezüglich der dort vertretenen Ansicht heißt es daselbst: „Daß es bei Verfolgung eines dritten Diebstahls hin und wieder schwierig sein könne, das richtige Sachverhältniß zu ermitteln, mag sein; indessen kann aus einer Schwierigkeit in der Rechtsverfolgung niemals ein Grund hergenommen werden, von dem für richtig erkannten materiellen Rechte abzugehen," und zum Schlusse: „Jedenfalls muß angenommen werden, daß das St.G.B. beabsichtigt, für sein Geltungsgebiet die thunlichste Rechtseinheit herzustellen, und eine Auslegung, welche auf geraume Zeit eine principlose, auf Zufälligkeiten der

früheren Landesgesetzgebung gestützte Verschiedenartigkeit der Anwendung des neuen Gesetzes statuirt, verstößt gegen den unzweifelhaften Geist desselben."

Der entgegengesetzten Ansicht sind zunächst die Kommentatoren des St.G.B. Oppenhoff und Schwarze, jener (Kommentar N. 4) mit Rücksicht auf den Wortausdruck des Gesetzes „als Dieb," dieser (Kommentar S. 613) aus dem Grunde „weil § 244 nicht derartige Uebergangsfragen erledige" und mit dem Bemerken, daß der Wortlaut des § 244 nicht entgegenstehe, welcher allerdings bei den von ihm erwähnten Vorbestrafungen selbstverständlich nur die im R. St. G.B. normirten Thatbestände vor Augen habe. Anscheinend ist auch Schütze Lehrbuch S. 439 A. 18 der entgegengesetzten Ansicht. Jedenfalls aber das Ober-Tribunal, das schon früher in der Entscheidung vom 9. Januar 1854 (J.M.Bl. S. 116 ff.) für das Verhältniß des Pr. St.G.B. zum Allg. Landrecht Thl. II Tit. 20 angenommen hatte, daß die Rückfallsstrafe wegen Diebstahls auch dann zur Anwendung komme, wenn die frühere Verurtheilung wegen eines solchen Wilddiebstahls erfolgt sei, der zwar nach dem Allg. Landrecht als Diebstahl gegolten, nach dem Pr. St.G.B. jedoch nicht als solcher, sondern nur als strafbarer Eigennutz zu bestrafen sei. In der bereits oben S. 109 erwähnten Entscheidung vom 14. März 1872 läßt sich das Ober-Tribunal dahin aus: „Es ist nicht gestattet, die Anwendung jener höheren Strafe von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen, und dabei insbesondere die seit der Verbüßung der früheren Strafe durch den Wechsel der Gesetzgebung rücksichtlich der Strafbarkeit der dadurch gebüßten Handlungen und ihrer strafrechtlichen Qualifikation — somit eine durch das Gesetz nicht anerkannte, die Bedeutung rechtskräftiger Judikate in Frage stellende Unterscheidung in dasselbe hinein zu tragen."[41]) Auch das Ober-Appellations-

[41]) Vgl. auch die Allg. J.M.Verfügung vom 28. Dezember 1870 betr. die Zuständigkeit der Gerichte in Strafsachen nach dem B.St.G. (J.M.Bl. S. 380 f.), woselbst es heißt: „Da es im Einzelnen bei der Prüfung, ob und wie demgemäß eine Bestimmung des bisherigen Strafrechts in dem

gericht zu Dresden nach seiner Entscheidung vom 15. November 1872 (Stenglein B. 2 S. 186 ff.), namentlich aber der würtembergische Kassationshof, der sich zweimal in den Erkenntnissen vom 19. Juni 1872 und vom 27. August 1873 (Stenglein B. 2 S. 53, B. 3 S. 200) gerade mit dieser Frage ausdrücklich befaßt hat, vertreten die entgegenstehende Ansicht. In dem ersteren Erkenntnisse wurde angenommen, daß der — nach dem Württembergischen St.G.B. vom eigentlichen Diebstahle ausgesonderte — Familiendiebstahl, obgleich jetzt unter den allgemeinen Begriff des § 244 fallend, dennoch den Rückfall nicht begründen könne, und in dem letzteren umgekehrt, daß frühere Vorbestrafungen wegen Diebstahls nach Würtembergischem Rechte den Rückfall begründen, wenn die Thaten auch jetzt nur als Polizeiübertretungen strafbar sein würden.

Der vom Ober-Tribunal herbeigezogene Gesichtspunkt der res judicata scheint uns von Stemann richtig gewürdigt, wenn er a. a. O. S. 421 f. sagt: „Den Grundsätzen der res judicata entspricht es allerdings, das Urtheil des früheren Richters sowohl in thatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht zu respektiren, die Nachweisung von Irrthümern des Vorrichters kann dem späteren Richter nicht verstattet werden. — Allein davon, ob nach der älteren Gesetzgebung die Rechtmäßigkeit des ergangenen Urtheils beanstandet werden kann, ist ja gar keine Rede, wenn der über den Rückfall entscheidende Richter findet, daß eine Handlung, welche die ältere Gesetzgebung als Diebstahl qualificirte, vom neueren Gesetze nicht mehr als Diebstahl bezeichnet wird. Die Rechtskraft des desfallsigen Erkenntnisses kann das Urtheil des jetzigen Richters nicht mehr bestimmen. Jenes Erkenntniß hat für den Verurtheilten alle Wirkungen geäußert, welche es unter der Herrschaft des alten

B.St.G.B. ihren Ersatz findet, nur auf die Uebereinstimmung in den Grundzügen des beiderseits vorgesehenen Thatbestandes, nicht aber darauf ankommen kann, ob die Abgrenzung aller einzelnen Merkmale sich vollständig decke, so" u. s. w. Dies ist in Hinsicht auf die Frage der Zuständigkeit der Gerichte in Folge der veränderten Gesetzgebung unzweifelhaft richtig.

Gesetzes äußern konnte, und keine dieser Wirkungen wird nachträglich angegriffen; die mögliche Folge zur Begründung eines Rückfalls zu dienen, ist aber unter der Herrschaft des alten Gesetzes gar nicht mehr eingetreten; sie war bedingt durch die Verübung eines gleichen Verbrechens; ein Verbrechen ist nun zwar, aber erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes begangen und darnach geht diesem Verbrechen die Identität mit dem früheren ab."

Dennoch muß die Ansicht des Ober-Tribunals in ihrem Resultate für richtig erachtet werden, denn einerseits stößt die entgegenstehende in ihrer praktischen Durchführung auf unlösbare Schwierigkeiten, andererseits aber berechtigt der Wortlaut des § 244 allerdings, wie Oppenhoff gegen Schwarze annimmt, zu der Auslegung, daß jede frühere Bestrafung wegen Diebstahls, mag dessen Begriff auch Aenderungen unterlegen haben, zur Begründung des Rückfalls geeignet sei. Man muß deshalb zu dieser Auslegung schreiten, da die einzige mögliche andere zu einem Resultate führt, das deshalb falsch sein muß, weil es häufig undurchführbar ist. Es zeigt sich dieses beispielsweise in folgendem Falle:

Sowohl nach dem R. St.G.B. als auch nach dem Pr. St.G.B. wird die Entwendung von Nahrungsmitteln unter gewissen Voraussetzungen nur mit einer Uebertretungsstrafe belegt. Der § 370 Nr. 5 R. St.G.B. lautet:

> „Mit Geldstrafe u. s. w. wird bestraft:
> wer Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Werthe oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche entwendet. — Eine Entwendung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos,"

während § 349 Nr. 3 Pr. St.G.B's. disponirte:

> „Mit Geldbuße u. s. w. wird bestraft:
> wer Früchte, Eßwaaren oder Getränke von unbedeutendem Werthe oder in geringer Quantität entwendet, selbst wenn die Entwendung vermittelst Einbruchs oder Einsteigens in

ein unbewohntes Gebäude oder in einen demselben gleichstehenden umschlossenen Raum erfolgt.

Geschieht die Entwendung unter einem anderen der im § 218 bezeichneten erschwerenden Umstände oder in gewinnsüchtiger Absicht, so kommen die Strafen des Diebstahls zur Anwendung."

Hiernach ist der Begriff der Entwendung im R. St.G.B. insofern enger, wie im Pr. St.G.B., als dort die Wegnahme „zum alsbaldigen Verbrauche" verlangt, insofern aber weiter, weil er durch erschwerende Umstände oder durch das Vorhandensein einer gewinnsüchtigen Absicht nicht ausgeschlossen wird. Der nach dem Pr. St. G. B. erkennende Richter hatte keine Veranlassung festzustellen, ob die Entwendung „zum alsbaldigen Gebrauche" geschehen war oder nicht; seine thatsächliche Feststellung kann auch in dieser Beziehung nicht mehr ergänzt werden, insbesondere auch nicht durch den Richter, der zu befinden hat, ob Diebstahlsrückfall vorliegt. Da die That sich aber nach dem R. St.G.B. ohne jenes Moment als Diebstahl qualificirt, so würden, wenn man im Falle des § 244 das Vorliegen eines früheren Diebstahls im Sinne des R. St.G.B.'s verlangte, alle die früher auf Grund des Pr. St. G. B.'s erfolgten Verurtheilungen wegen Entwendung zur Begründung des Diebstahls mitzählen, da die damalige Strafthat nach der getroffenen thatsächlichen Feststellung unter den Diebstahlsbegriff R.St.G.B. fallen würde. Vielleicht war aber die Entwendung „zum alsbaldigen Gebrauche" geschehen, und der Richter würde denselben festgestellt haben, wenn dies für ihn ein Interesse gehabt hätte; so würde der Angeklagte bei dieser Auslegung ohne sein Verschulden einen Nachtheil erleiden können. Derselbe würde auch alsdann — und zwar völlig unbemerkt — eintreten, wenn wegen Vorliegens eines der „anderen erschwerenden Umstände" des § 218 das ganze Verfahren sich nur auf die Bestrafung wegen Diebstahls gerichtet hätte und von der Feststellung der die Entwendung bedingenden Momente ganz Abstand genommen wäre. Wäre der Fall nach dem R. St. G. B. abzuurtheilen gewesen, so würde, da das Vorliegen der erschwerenden Umstände des Dieb-

stahls für die bloße Bestrafung wegen Entwendung unerheblich ist, vielleicht die thatsächliche Feststellung der letzteren getroffen sein. Hier würde sich sonach gleichfalls gar nicht feststellen lassen, ob die frühere That wirklich unter den Diebstahlsbegriff des R. St.G.B.'s gefallen wäre. Die Prüfung also, ob eine frühere Bestrafung wegen eines Diebstahls im Sinne des R. St. G.B.'s erfolgt sei, ist in diesen und manchen andern Fällen unmöglich, die Auslegung des § 244 daher, welche die beiden Vorbestrafungen in diesem Sinne auffaßt, zu verwerfen.

β. Die Begehung eines neuen gleichen Deliktes und die Bestrafung wegen desselben.

Anscheinend stellt der § 244 die Begehung eines Diebstahls oder einer demselben gleichgestellten Strafthat nach einer wegen einer dieser Strafthaten bereits erfolgten Bestrafung als besondere Voraussetzung hin. Wäre dieses aber wirklich eine vom Gesetze gemeinte Voraussetzung, so müßte sie nach den allgemeinen Beweisregeln des Kriminalprocesses als ein positives Merkmal der dem Angeklagten zur Last gelegten Strafthat, des Diebstahls im wiederholten Rückfalle, jenem bewiesen werden. Es würde also im Falle der Erhebung einer Anklage aus § 244 nicht blos die noch zu bestrafende That, sondern auch eine frühere bereits bestrafte zum Gegenstande des Beweises und der Aburtheilung, wenn auch nicht behufs einer neuen Strafverhängung, gemacht werden müssen. In diesem wörtlichen, zu einem juristischen Undinge führenden Sinne ist der § 244 aber nie aufgefaßt worden und kann nur angenommen werden, daß die Wortfassung des ersten Theiles desselben in dieser Hinsicht mangelhaft ist, wie auch noch in anderer Beziehung („Wer im Inlande als Dieb bestraft worden, darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat".). Was die den Rückfall bedingenden beiden früheren Strafthaten anbetrifft, so kann die Absicht des Gesetzgebers nur gewesen sein, als Voraussetzungen hinzustellen:

1) die Bestrafung wegen einer der gedachten Strafthaten,
2) die darauf folgende nochmalige Bestrafung wegen einer

derselben Strafthaten, die — Inhalts dieses zweiten Erkenntnisses — nach der ersten Bestrafung verübt worden.

In diesem — zu 2) gedachten — Sinne sind daher die oben S. 84 zu β 1 und 2 hingestellten Voraussetzungen aufzufassen, und erscheint dieses als die richtige Interpretation der beiden Sätze:

„darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat, und wegen derselben bestraft worden ist."

Wenn wir hinstellen, daß „Inhalts des zweiten Erkenntnisses" die durch dasselbe bestrafte That nach der ersten Bestrafung d. h. der gänzlichen oder theilweisen Verbüßung der früher erkannten Strafe sich ereignet haben muß, so ist dieses natürlich nur dahin zu verstehen, daß sich dies aus seinem Inhalte ergeben müsse.

Hiernach dürfte die Fassung des § 244 besser dahin zu treffen sein:

„Wer im Inlande wegen Diebstahls, Raubes oder eines dem Raube hinsichtlich der Bestrafung gleich gestellten Verbrechens oder wegen Hehlerei einmal und darauf abermals und zwar wegen einer, Inhalts des Erkenntnisses, nach der ersten Bestrafung begangenen Handlung der gedachten Art bestraft worden ist, wird" u. s. w.[42])

Die so gefaßte zweite Voraussetzung giebt zu weiteren Bemerkungen keine Veranlassung, da die oben zu der ersten gemachten auch hier zutreffen.

γ. Die Begehung eines Diebstahls innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren seit der Verbüßung oder dem Erlasse der zu β erkannten Strafe.

Wie unter α u. β die Bedingungen der influirenden Vor-

[42]) Eine derjenigen des § 261 St.G.B. analoge Fassung des § 244 dahin: „Wer wegen eines Diebstahls, Raubes oder eines dem Raube hinsichtlich der Bestrafung gleich gestellten Verbrechens oder wegen Hehlerei einmal und *wegen einer darauf begangenen Handlung* der gedachten Art zum zweiten Male bestraft worden ist, wird" u. s. w. erscheint auch unbedenklich, da die hervorgehobenen Worte den Inhalt des zweiten Erkenntnisses angeben würden.

bestrafungen hingestellt sind, so unter γ diejenigen der Strafthat, auf welche jene den Einfluß üben sollen: ein Diebstahl, begangen innerhalb zehn Jahre seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe.

Was zunächst den Diebstahl anbetrifft, so wird hier so wenig, wie bei den beiden früheren Strafthaten, Vollendung und Thäterschaft verlangt, vielmehr genügt auch Versuch und Anstiftung bzw. Beihülfe (vgl. oben S. 108), wie gleichfalls, abgesehen von dem Widerspruche Stemann's im Gerichtssaal B. 23 S. 412, jetzt allseitig in Theorie und Praxis anerkannt wird. (Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals betr. die Beihülfe zum Diebstahl vom 11. Dezember 1872, 18. Juni und 3. Dezember 1873, sowie betr. den Versuch vom 8. Januar 1874 in der Rechtsprechung B. 13 S. 654, B. 14 S. 438, S. 768, B. 15 S. 9, ferner Entscheidung des Ober-Appellationsgerichtes zu Dresden vom 17. April 1871 bei Stenglein B. 1 S. 21 betr. Beihülfe und Versuch.) Auch genügt im Uebrigen eine Verweisnng auf Oppenhoff Kommentar N. 13 und nur die sog. Rückfallsverjährung bedarf einer näheren Besprechung.

Dieselbe gründet sich auf die Vorschrift des § 245, wonach die Bestimmungen des § 244 ausgeschlossen bleiben sollen, „wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind.“ Nach diesem Wortlaute kann nur ein zehnjähriger Zeitraum zwischen dem abzuurtheilenden Diebstahle (wie es korrekter heißen müßte statt „neuen Diebstahl“, da die früheren Strafthaten keine Diebstähle gewesen zu sein brauchen) und der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe die Rückfallsstrafe ausschließen, nicht also zwischen einer früheren nach § 244 in Betracht kommenden strafbaren Handlung und einer Verbüßung wegen einer anderen. Dabei ist unter der „letzten“ Strafe die letzte der in Betracht kommenden zu verstehen, denn es können zwischen zwei den Bedingungen des § 244 genügenden Vorbestrafungen und dem jetzt abzuurtheilenden Diebstahl sehr wohl noch einige für die Anwendung des § 244 nicht in Betracht kommende Vorbestrafungen

wegen Diebstahls liegen. Andererseits kann es auch vorkommen, daß nicht blos zwei, sondern eine längere Reihe von Vorbestrafungen den Bedingungen des § 244 entsprechen. Nicht aber deren Intervalle können die Rückfallsstrafe ausschließen, sondern nur ein zehnjähriger Zwischenraum zwischen der jetzt abzuurtheilenden Diebstahlsthat und der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten für die Anwendung des § 244 in Betracht kommenden Vorbestrafung, wobei es gleichgültig ist, ob dieselbe schon auf § 244 beruhte oder nicht. (Oppenhoff Kommentar N. 8 zu § 245; Schwarze Kommentar S. 616; Schütze Lehrbuch S. 439).

Diese Ansicht hat in Theorie und Praxis[43]) fast ungetheilt die Herrschaft und bedarf heute einer weiteren Begründung nicht mehr. (Vgl. Ortloff: Zur sog. Rückfallsverjährung im Gerichtssaal B. 25 S. 59 ff.).

Die Worte des § 245 „seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe" müssen nach dem Vorhergehenden nothwendig auch von einer theilweisen Verbüßung bezw. einem theilweisen Erlasse verstanden werden. Es beginnt deshalb die Frist nach Analogie der Bestimmungen in den von der Verjährung der Strafthaten und der erkannten Strafen handelnden §§ 67 u. 70, mit dem letzten Tage des Strafvollzuges (und nicht vom Augenblicke seiner Beendigung, wie Puchelt Kommentar N. 6 zu § 245 richtig hervorhebt), sei es daß die Strafe ganz oder nur theilweise zur Vollstreckung gekommen, oder vom Tage des „letzten", ganzen oder theilweisen, Erlasses der Strafe. Bei Konkurrenz von Verbüßung und Erlaß der Strafe gilt derjenige der beiden gedachten Anfangstermine, welcher der Zeit nach der spätere ist. Wenn daher Schwarze Kommentar S. 616 sagt: „Bei Berechnung der Frist entscheidet der letzte Tag der Strafvollstreckung bezw. bei vollem Erlasse der Tag des Erlasses," so ignorirt er, daß nach theilweiser Verbüßung ein Theilerlaß der Strafe eintreten kann. Falsch ist es dagegen geradezu, wenn Oppenhoff

---

[43]) Namentlich auch der des Ober-Tribunals; vgl. z. B. Entscheidung vom 23. April 1875, Rechtsprechung B. 16 S. 308.

Kommentar N. 6 zu § 245 sagt: „Ist die Strafe theilweise verbüßt, der Rest aber erlassen oder verjährt, so beginnt die Verjährung des Rückfalles mit der Beendigung der Theilvollstreckung.“ Denn falls der Erlaß des Restes auf die theilweise Verbüßung folgte, so beginnt die Rückfallsverjährung erst vom Tage des Erlasses, da Erlaß und Verbüßung sich nach § 245 ganz gleich stehen. Diese Unterscheidung wird von Erheblichkeit, wenn der Erlaß des Restes nicht die Strafvollstreckung unmittelbar beendigte, sondern erst nach bereits eingetretener Unterbrechung folgte. Nur wenn der Rest verjährt oder, was gleichfalls noch möglich, nur nicht zur Vollstreckung gekommen, beginnt die Rückfallsverjährung mit der Beendigung der Theilvollstreckung.

Wie endlich Oppenhoff Kommentar N. 7 zu § 245 hervorhebt, beginnt der Lauf der Verjährungsfrist erst mit Verbüßung der verhängten Gesammtstrafe, falls die letzte Vorbestrafung wegen mehrerer konkurrirender Straffälle erfolgte, von denen nur einzelne zu den im § 244 hervorgehobenen gehörten. Es folgt dies aus der Einheit der Gesammtstrafe mit Nothwendigkeit. Wenn deshalb durch das Vorerkenntniß zwar die Verurtheilung wegen mehrerer Strafthaten, jedoch ohne Verhängung einer Gesammtstrafe erfolgte, so läuft die Verjährung von der Verbüßung der für eine der im § 244 erwähnten strafbaren Handlungen erkannten Strafe ab.

b. Die Anwendung des Strafgesetzes.

Sind die Voraussetzungen des eine härtere Bestrafung bedingenden Rückfalles beim Diebstahle festgestellt, d. h. einerseits diejenigen der noch abzuurtheilenden That, andererseits diejenigen der beiden ihre Aburtheilung beeinflussenden Vorbestrafungen, so bietet die anzuwendende Strafbestimmung für uns kaum noch eine Schwierigkeit, denn die Beantwortung der schwierigen, bei Oppenhoff Kommentar N. 16 erörterten Frage nach der Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von Raub und schwerem Diebstahl im wiederholten Rückfalle und dem davon abhängenden zulässigen Strafminimum, erachten wir außerhalb unserer Aufgabe liegend, da

wir von dem Vorhandensein eines zu bestrafenden Diebstahls ausgehen, es sich dort aber fragt, ob eine Idealkonkurrenz beider Verbrechen vorliegt, in welchem Falle die Bestrafung wegen Diebstahls erfolgen müßte, weil die denselben treffende Strafbestimmung die schärfere ist, oder ob der speciellere Thatbestand des Raubes die ideelle Konkurrenz ausschließt, in welchem Falle nur das für jenen gegebene Strafgesetz Anwendung finden könnte.

Die anzuwendenden Strafbestimmungen sind im § 245 bezw. was die Nebenstrafen anbetrifft im § 248 St.G.B enthalten und verschieden je nachdem der zu bestrafende Diebstahl ein einfacher oder schwerer ist, für beide Fälle die Annahme mildernder Umstände zulassend. Alsdann ist jedoch über die zu verhängende Strafe ein Zweifel entstanden, wenn es sich um die Bestrafung des Diebstahlsversuches oder der Beihülfe zum Diebstahl handelt. Die Strafkammer des würtembergischen Ober-Tribunals hat sich durch Beschluß vom 21./28. Mai 1873 (Stenglein B. 3 S. 13) dahin ausgesprochen, daß auch beim Versuche das ordentliche Strafminimum ein bezw. zwei Jahre Zuchthaus sei, die Strafbestimmung über den Versuch im § 44 St.G.B.'s hier aber nicht zur Anwendung komme. Dieser Beschluß, der von Stenglein sofort mit der treffenden Bemerkung begleitet wurde, daß er sich schwerlich würde begründen lassen, denn wenn auch die Vorstrafen die That zum Verbrechen qualificirten, so sei doch, wenn der Diebstahl nur ein versuchter gewesen, das Diebstahlsverbrechen auch nur versucht, hat eine weitere Widerlegung sogar durch das Erkenntniß des würtembergischen Kassationshofes vom 31. Dezember 1873 (Stenglein B. 4 S. 51) erfahren. In der That ist nicht recht begreiflich, wie überhaupt hat erkannt werden können, „daß, wenn ein Diebstahl, bei dem das erschwerende Moment der Rückfälligkeit nach § 244 zutreffe, nicht vollendet, sondern blos versucht sei, nur der Versuch eines unter § 244 fallenden Diebstahlsverbrechens vorliege, für dessen Bestrafung die in § 44 St.G.B's. aufgestellten allgemeinen Grundsätze über die Bestrafung des Versuches maßgebend sind.“ Hinsichtlich der Beihülfe zum Diebstahl, wo die Frage nach § 49 Abs. 2 St.G.B. gleich liegt, hatten schon

früher das Ober-Appellationsgericht zu Dresden durch Erkenntniß vom 17. April 1871 (Stenglein B. 1 S. 21), sowie das Ober-Tribunal in dem (oben S. 117 erwähnten) Erkenntnisse vom 11. Dezember 1872 sich in gleicher Weise entschieden, das erstere noch mit der Ausführung, daß von denjenigen Fällen, in denen der zur Beurtheilung vorliegende neue Diebstahl in den Grenzen des Versuchs geblieben sei, ein Aehnliches gelte.

2. Der Rückfall bei anderen Delikten außer dem Diebstahl.

a. Bei der Hehlerei, dem Betruge und dem Raube.

Es lautet der § 261 St.G.B.'s:

„Wer im Inlande wegen Hehlerei einmal und wegen darauf begangener Hehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, wird, wenn sich die abermals begangene Hehlerei auf einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen bezieht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter einem Jahre ein.

Bezieht sich die Hehlerei auf eine andere strafbare Handlung, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängniß nicht unter drei Monaten ein.

Die in dem § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung."

und ferner der § 264 St.G.B.'s:

„Wer im Inlande wegen Betruges einmal und wegen darauf begangenen Betruges zum zweiten Male bestraft worden ist, wird wegen abermals begangenen Betruges mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein, neben welcher zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Die im § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung."

In diesen beiden Fällen ist die Verhängung einer wegen Rückfalles verschärften Strafe in ganz ähnlicher Weise bedingt, wie beim Diebstahl; der Unterschied besteht hier nur darin, daß die beiden Vorbestrafungen wegen desselben Delikts erfolgt sein müssen, das eine Mal wegen Hehlerei, das andere Mal wegen Betruges, während beim Diebstahlsrückfall die Vorstrafen entweder wegen Diebstahls oder wegen der verwandten Delikte des Raubes, der diesen gleich zu bestrafenden Handlungen und der Hehlerei verhängt sein konnten. — Die Wortfassung der beiden §§ 261 u. 264 erscheint glücklicher als die im § 245 (vgl. oben A. 42), wenn auch vielleicht die Ausdrücke „einmal" und „zum zweiten Male" besser vermieden worden wären, da durch die Strafbestimmungen auch weitere Straffälle als der dritte betroffen werden.

Was den Raub anbetrifft, so disponirt § 250 Nr. 5. St.G.B:

„Auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn:

5) der Räuber bereits einmal als Räuber oder gleich einem Räuber im Inlande bestraft worden ist. Die im § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter einem Jahre ein."

Die §§ 252 und 255 enthalten die beiden „gleich einem Raube zu bestrafenden Verbrechen" (Diebstahl mit verbundener nachträglicher Gewalt gegen die Person und schwere Erpressung), auf welche deshalb auch die Vorschrift des § 250 Nr. 5 Anwendung findet.

Die erhöhte Strafbarkeit tritt hier schon im ersten Wiederholungsfalle desselben oder wenigstens eines gleichermaßen zu bestrafenden Verbrechens ein. Während sonach der Rückfall nach § 250 Nr. 5 in dieser letzteren Beziehung zwischen dem Rückfalle beim Diebstahle und dem bei der Hehlerei und dem Betruge steht, unterscheidet er sich dadurch, daß nur eine Wiederholung gefordert wird, von allen drei Fällen. Auch tritt beim Raube die Rück-

fälligkeit neben eine Reihe anderer erschwerender Umstände, während sie namentlich beim Diebstahle und der Hehlerei auch die Strafbarkeit der schwereren Deliktsformen noch besonders erhöht. Schütze (Lehrbuch S. 454 A. 17) findet für diesen Unterschied den Grund darin, daß beim Raube „die Rückfälligkeit an sich (die erste)" erschwerend wirke, allein es wäre dieses kein Grund, warum sie nicht, wie beim Diebstahle, die Strafbarkeit des qualificirten sowohl wie des einfachen Raubes erhöhen sollte. Der richtige Grund ergiebt sich vielmehr aus den Motiven zu § 250, dessen Nr. 5 mit § 245 Nr. 5 des Entwurfes II wörtlich übereinstimmt. Das Pr. St.G.B. bestrafte, mit zwei anderen Fällen, den Raub im Rückfalle (§ 233 Nr. 1), auch im ersten, mit lebenslänglichem Zuchthause. Dieses Strafmaaß hielten die Redaktoren des R. St.G.B's. hierfür als zu hoch und stellten sie deshalb den Raub im Rückfalle zu den anderen Fällen des schweren Raubes, die nach § 232 des Pr. St.G.B's. mit Zuchthaus von mindestens zehn Jahren bestraft wurden, welches Strafminimum in § 250 R. St.G.B's. auf fünf Jahre ermäßigt wurde. „Aenderungen, heißt es in den Motiven, erschienen dabei nur insofern geboten, als der mindeste Grad der Strafe wegen Raubes in den Fällen des § 245 nicht zehn, sondern fünf Jahre Zuchthaus betragen und der Raub im Wiederholungsfalle nicht mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe, sondern nur mit einer Strafe von fünf bis fünfzehnjährigem Zuchthaus belegt werden soll."

Wie schon hervorgehoben, ist der § 245 Nr. 5 des Entw. II wörtlich in das St.G.B. als § 250 Nr. 5 übergegangen; seine Fassung drückt daher nicht so deutlich, wie diejenige der durch Beschlüsse des Reichstages veränderten §§ 244, 261 u. 264 aus, daß die erste Strafe wegen Raubes vor Begehung des zweiten bereits ganz oder theilweise verbüßt bzw. erlassen sein müsse. Jedoch liegt dieses schon implicite in der Verweisung auf § 245, der auch nach dem Entw. II für hinreichend erachtet wurde, dieses zum Ausdruck zu bringen. (Vgl. §§ 239, 240 Entw. II). Wie im Uebrigen die Motive der Behandlung des Rückfalles bei den einzelnen Delikten eine gemeinsame Bemerkung widmeten (zu § 239

Entw. II; § 244 St.G.B's.) und in derselben namentlich betonten, daß, wo der Rückfall als Strafschärfungsgrund hervorgehoben worden, die Kriterien desselben in den Umstand gesetzt seien, daß der Thäter die früher gegen ihn erkannte Strafe ganz oder theilweise verbüßt habe und dieses eben, wie die Verweisung auf § 240 Entw. II (§ 245 R. St.G.B.) zeigt, durch diesen hinreichend ausgedrückt fanden, so beabsichtigte auch der Reichstag — und bezw. seine Kommission — (vgl. Anlageband zu den Verhandlungen des Reichstages I. Legislatur-Periode, Sitzungsperiode 1870, Aktenstück Nr. 85. S. 366 ff.), indem die Formulirung der Rückfallsbedingungen beim Diebstahl, der Hehlerei und dem Betruge verändert, beim Raube aber beibehalten wurde, in der gedachten Beziehung sicherlich keine Aenderung, sollte doch nur der Gedanke der Redaktoren zum schärferen Ausdruck gebracht werden. (Vgl. Schwarze Kommentar S. 611).

b. Der Rückfall bei der Bettelei.

Der § 361 Nr. 4 des St.G.B. lautet:

„Mit Haft wird bestraft:

4) wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt."

und § 362 Abs. 2:

„Bei der Verurtheilung zur Haft (näml. in den Fällen des § 361 Nr. 3—8) kann zugleich erkannt werden, daß die verurtheilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. . . . Im Falle des § 361 Nr. 4 ist dieses jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurtheilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Uebertretung mehrmals rechtskräftig verurtheilt worden ist oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat."

Nach diesen, übrigens im § 358 des Entw. II bis auf den dort fortgelassenen letzten Satz gleichlautenden, Bestimmungen besteht die erhöhte Strafbarkeit des Rückfalls bei der Bettelei und

einigen derselben gleichgestellten Uebertretungen in der fakultativen Verhängung einer Nebenstrafe; es kann auch auf Ueberweisung des Verurtheilten an die Landespolizeibehörde erkannt werden. Aber weder in der bloßen Zulässigkeit dessen, statt der Verpflichtung dazu, noch in der Nebenstrafe, statt der Hauptstrafe, liegt der wesentliche Unterschied dieses Rückfallsdeliktes von den bisher behandelten. Derselbe ist vielmehr principieller Natur, indem das Kriterium jener lediglich in der Verurtheilung liegt, während dasselbe bei diesem in der Verbüßung der Strafe lag. Die Motive lassen sich über diese Verschiedenheit nicht aus, allein aus dem Anhange I zu denselben „Die Aufnahme der Uebertretungen und deren Behandlung im Entwurfe" wird ersichtlich, daß nicht die ihrer Dauer nach nicht erhebliche Haftstrafe, sondern mit Recht erst die Korrektionsnachhaft als ein zur Verminderung der Rückfälligkeit bei diesen Uebertretungen wirksames Mittel angesehen wurde. Deshalb konnte auf den Umstand, ob die Haftstrafe verbüßt sei oder nicht, ein sonderliches Gewicht nicht gelegt werden. Dazu kommt, daß die Bedeutung der Rückfallsverschärfung, die an sich erheblich genug ist, dadurch abgeschwächt wird, daß ihre Verhängung im Ermessen des Richters liegt. Derselbe wird deshalb, wenn der Angeklagte innerhalb der letzten drei Jahre, d. h. vor Begehung des Diebstahls, zwar zweimal wegen Bettelns rechtskräftig verurtheilt worden, dann voraussichtlich von seiner Befugniß keinen Gebrauch machen, wenn die zweite Verurtheilung wegen einer vor der ersten begangenen That erfolgt war, umsoweniger, da im Falle des Vorliegens einer Verurtheilung wegen mehrerer in Realkonkurrenz begangener derartiger Uebertretungen die Nebenstrafe nicht verhängt werden kann, dieser Fall aber dem obigen deshalb sehr nahe steht, weil er die Verurtheilung zu einer Gesammtstrafe gleichfalls nicht zuläßt. (Vgl. § 74 St.G.B.) Im Uebrigen dürfte eine Verweisung auf die Noten in Oppenhoff's Kommentar zum § 362, namentlich auf N. 8 und 9 genügen.

V. Die gewerbs- und gewohnheitsmäßigen und andere durch den Begriff des Gewerbes beeinflußte Delikte.

1. Die Begriffe des Gewerbes und der Gewohnheit, in ihrer Beziehung zur vorliegenden Frage.

Der Begriff des Gewerbes ist ein so schwieriger, daß sogar die Gewerbe-Ordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 davon Abstand genommen hat, denselben abzugrenzen, weil wie die Motive zu § 6 derselben hervorheben, „die Vielgestaltigkeit der gewerblichen Entwickelung eine scharfe Begriffsbestimmung nicht gestattet." Von den zahlreichen Definitionen des Gewerbes, denen man im Handelsrecht, im Gewerberecht und im Strafrecht begegnet, werden wenige übereinstimmen. Wir verzichten deshalb auf die Aufstellung einer solchen, umsomehr als es für unseren Zweck genügt, ein einziges Moment aus seinem Begriffe hervorzuheben, und zwar die auf eine fortgesetzte gleichartige Thätigkeit gerichtete Absicht. Daß die Thätigkeit eine auf „Erwerb", „Gewinn" oder einen wenn auch nicht nothwendig in Gestalt eines Geldbetrages darzustellenden Vermögensvortheil gerichtete sein müsse, interessirt uns weniger und wir brauchen nicht die Ansichten derjenigen zu widerlegen, die eine gewinnsüchtige Absicht zum Begriffe des Gewerbes nicht für nothwendig erforderlich erachten. Jene auf eine fortdauernde Thätigkeit gerichtete Absicht wird wohl durchgängig als im Wesen des Gewerbebetriebes liegend anerkannt. (Vgl. Dochow: Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen S. 13. Oppenhoff Kommentar N. 2 zu § 260, Rüdorff Kommentar N. 2 zu § 260. Schütze Lehrbuch S. 462 bes. A. 17. Meyer Lehrbuch S. 330. Hälschner System B. 1 S. 424 und hinsichtlich der Ansicht des Ober-Tribunals beispielsweise die Entscheidung vom 17. Mai 1873 Rechtsprechung B. 14 S. 377.) Das Moment der Dauer, welches sich im Begriffe des Gewerbes findet, erscheint in verstärktem Grade bei demjenigen der Gewohnheit, denn

während dort die Thätigkeit nur als eine fortgesetzte beabsichtigt sein muß, ist hier ihre Wiederholung selbst nöthig. Nur bei einer wiederholten Thätigkeit kann man von einer Gewohnheit sprechen. Es erübrigt dieses weiter auszuführen oder zu belegen. Zur Unterscheidung der Gewohnheit von der Rückfälligkeit bedarf es jedoch des Hinweises, daß die bloße Wiederholung einer Handlung noch nicht genügt, um sie zu einer gewohnheitsmäßigen zu machen, daß vielmehr der Hang oder die allgemeine Neigung zur Wiederholung hinzukommen muß. In dieser Weise wird der Begriff der Gewohnheit nicht nur von den meisten der eben gedachten Schriftsteller aufgefaßt, so von Oppenhoff Kommentar N. 4 zu § 150, Rüdorff a. a. O. N. 3, Schütze a. a. O., Meyer a. a. O. S. 329 und im wesentlichen auch von Hälschner a. a. O. S. 418, sondern namentlich auch von den Motiven zum St.G.B., indem dieselben zum § 256 des Entw. II (§ 261 St.G.B.) lauten: „Der Entwurf faßt es unabhängig von dem Umstande einer etwa vorangegangenen Bestrafung auf, ob die Hehlerei gewohnheitsmäßig betrieben ist oder nicht. Es ist wohl denkbar, daß ein wegen Hehlerei schon mehrfach Bestrafter sich einer solchen von Neuem schuldig macht, ohne daß darum mit Nothwendigkeit gefolgert werden müßte, daß er die Hehlerei gewohnheitsmäßig betreibe, wie es denn andererseits sehr wohl möglich ist, daß ein noch niemals Verurtheilter des gewohnheitsmäßigen Betriebes der Hehlerei mit Recht schuldig befunden wird.“ Wenn daher Schwarze Kommentar S. 190 das gewohnheitsmäßige Verbrechen und den Rückfall gleichstellt, ein Standpunkt, dem sich Hälschner System B. 1 S. 418 wenigstens annähert, so steht er damit keinenfalls auf dem Boden des Reichsstrafgesetzbuches.

Das Ober-Tribunal hat sich nicht ausdrücklich über das Erforderniß des Hanges für den Begriff der Gewohnheit ausgelassen. Zwar hat es in der mit Bezug auf die gewohnheitsmäßige Hehlerei des Pr. St.G.B. ergangenen Entscheidung vom 26. September 1866 (Rechtsprechung B. 7 S. 494) ausgesprochen, daß eine Wiederholung mehrerer gleichartiger Fälle nicht nothwendig den Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit darstelle, allein hiermit hat

es augenscheinlich, wie es auch Oppenhoff Kommentar N. 4 zu § 150 auffaßt, zum Ausdrucke bringen wollen, daß es Sache thatsächlicher Feststellung wäre, wieviel Wiederholungen für die Annahme der Gewohnheit erforderlich seien. Während auch andere Entscheidungen nichts auf den Hang Bezügliches enthalten, vielmehr nur die Mehrheit der Handlungen betonen, wenn diese auch unter Umständen aus einer konkret nachgewiesenen Handlung geschlossen werden könne (vgl. Entscheidungen vom 8. September 1870 und 24. April 1874, Rechtsprechung B. 11 S. 440 u. B. 15 S. 260), scheint sogar die Entscheidung vom 4. März 1875 (daselbst B. 16 S. 182) von dem Erforderniß einer allgemeinen Neigung, als zum Begriffe der Gewohnheit gehörig, gänzlich abzusehen. Dieselbe erklärt nämlich die thatsächliche Feststellung des Appellationsrichters: „eine Gewohnheit in der Uebung der Hehlerei lasse sich in der mehrfachen Wiederholung derselben in derselben Art noch nicht erkennen" für unzureichend, da hervorzuheben gewesen sei, was zu jenen Thatsachen noch hätte hinzutreten müssen, wenn die Hehlerei als gewohnheitsmäßige betrachtet werden solle. Hiernach also vermißt das Ober-Tribunal für den Beweis der Gewohnheit den Hang zu den in Rede stehenden Wiederholungen nicht.

Was das Vergehen gegen § 144 St.G.B. anbetrifft, in welchem Schwarze a. a. O. das Thatbestandsmoment der Gewerbsmäßigkeit findet, so ist der dort gebrauchte Ausdruck „es sich zum Geschäfte machen, Deutsche zur Auswanderung zu verleiten" weder mit gewerbsmäßiger noch gewohnheitsmäßiger Verleitung zum Auswandern identisch; ein einmaliges Handeln kann den Thatbestand des Vergehens erfüllen, auch ohne daß die Absicht der Wiederholung vorliegt. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 1 zu § 144).

Beim Vergehen gegen § 144 St.G.B. fehlt somit das Moment der Dauer oder Wiederholung, was den Begriffen des Gewerbes und der Gewohnheit beiwohnt. Ist es dort auch nur in Bezug auf die Absicht vorhanden, mit welcher die Handlung vorgenommen wird, so findet es sich thatsächlich doch fast regelmäßig beim Gewerbebetriebe. Außer für die gewohnheitsmäßigen De-

likte erscheint sonach auch für alle diejenigen, zu deren Thatbestand der Begriff des Gewerbes in irgend einer Richtung gehört, die frühere Begehung ähnlicher strafbarer Handlungen von Bedeutung. Kommen für uns auch hauptsächlich die gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikte in Betracht, so bedarf es doch außer einer Specialisirung dieser auch einer Aufzählung aller derjenigen Delikte, für deren Thatbestand im weiteren Sinne der Begriff des Gewerbes von Bedeutung ist.

2. Delikte, welche durch die Begriffe des Gewerbes und der Gewohnheit beeinflußt werden.

Die Gewerbs- und die Gewohnheitsmäßigkeit bilden, elektiv nebeneinander, einen erschwerenden Umstand des in den §§ 258 und 259 St.G.B. aufgestellten Vergehens und bezw. Verbrechens der Hehlerei, indem § 260 lautet:

„Wer die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft".

Die Gewerbsmäßigkeit allein bildet ferner einen erschwerenden Umstand des Vergehens des unberechtigten Jagens nach den §§ 292 und 293 St.G.B., da der § 294 daselbst disponirt:

„Wer unberechtigtes Jagen gewerbsmäßig betreibt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden".

In anderen Fällen gehört die Gewerbs- oder die Gewohnheitsmäßigkeit schon an sich zum Thatbestand des betreffenden Delikts, so die erstere nach § 284 St.G.B.:

„Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft" u. s. w.

und nach § 361 Nr. 6 daselbst:

„Mit Haft wird bestraft — eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder welche,

ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt".

Die Gewohnheitsmäßigkeit gehört, elektiv mit anderen Momenten, zum Thatbestande zweier Delikte und zwar des Münzvergehens nach § 150 St.G.B.

„Wer echte, zum Umlauf bestimmte Metallgeldstücke, durch Beschneiden, Abfeilen oder auf andere Art verringert und als vollgültig in Verkehr bringt, oder wer solche verringerte Münzen gewohnheitsmäßig oder im Einverständnisse mit dem, welcher sie verringert hat, als vollgültig in Verkehr bringt, wird mit Gefängniß bestraft u. s. w. Der Versuch ist strafbar";

sowie der einfachen Kuppelei nach § 180 St.G.B.:

„Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängniß bestraft" u. s. w.

Das St.G.B. kennt die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit bei anderen, als den aufgeführten Delikten nicht, namentlich nicht, wie Schwarze Kommentar S. 190 (Excurs XII.) meint, als Thatbestandsmoment bei dem Vergehen gegen § 144 (Verleitung zur Auswanderung) und bei den Uebertretungen gegen § 361 Nr. 3 und 4 (Landstreicherei und Bettelei). Dagegen kommt der Begriff des Gewerbes noch bei zwei Vergehen in Betracht, indem die Verletzung der Gewerbspflicht, in elektiver Konkurrenz mit der Amts- und Berufspflicht, als erschwerender Umstand erscheint, und zwar bei der fahrlässigen Tödtung nach § 222:

„Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängniß erhöht werden."

und in ganz ähnlicher Weise bei der fahrlässigen Körperverletzung nach § 230:

„Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines An-

deren verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

War der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf drei Jahre Gefängniß erhöht werden."

Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen tritt ferner nach § 232 nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Uebertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

Wenn endlich noch angeführt werden § 360 Nr. 12, wonach mit Geldstrafe bis zu einhundert und fünfzig Mark oder mit Haft bestraft werden:

„12) wer als Pfandleiher oder Rückkaufshändler bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwider handelt"

und § 369 Nr. 2 u. 3, demzufolge mit Geldstrafe bis zu einhundert Mark oder Haft bis zu vier Wochen bestraft werden:

„2) Gewerbetreibende, bei denen zum Gebrauche in ihrem Gewerbe geeignete, mit dem gesetzlichen Eichungsstempel nicht versehene oder unrichtige Maaße, Gewichte, oder Waagen vorgefunden werden, oder welche sich einer anderen Verletzung der Vorschriften über die Maaß- und Gewichtspolizei schuldig machen,

3) Gewerbetreibende, welche in Feuer arbeiten, wenn sie die Vorschriften nicht befolgen, welche von der Polizeibehörde wegen Anlegung und Verwahrung ihrer Feuerstätten, sowie wegen der Art und der Zeit, sich des Feuers zu bedienen, erlassen sind."

so ist der Kreis der Vorschriften des St.G.B. erschöpft, in denen die Momente der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit bezw. des Gewerbebetriebes von Bedeutung sind.

Für das Reichsstrafrecht überhaupt tritt aber noch eine Reihe im Titel X der Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 mit Strafe bedrohter Handlungen hinzu, bei denen ein Gewerbebetrieb Vor-

aussetzung ist, sei es daß dieser selbst strafbar ist, — und zwar nach öffentlichem Rechte, wie die gewerbsmäßige Ausübung der Jagd im Falle des § 294 St.G.B nach Privatrecht — so z. B. bei dem Vergehen gegen § 147 Nr. 1 der Gewerbe-Ordnung, wonach bestraft wird:

„wer den selbstständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, zu dessen Beginne eine besondere polizeiliche Genehmigung (Konzession, Approbation, Bestallung) erforderlich ist, ohne die vorschriftsmäßige Genehmigung unternimmt, oder fortsetzt oder von den in der Genehmigung festgesetzten Bedingungen abweicht."

sei es, daß die an sich erlaubte Betreibung des Gewerbes die Bedingung für gewisse strafbare Handlungen oder Unterlassungen ist, wie z. B. bei der Uebertretung gegen § 149 Nr. 2 dem zufolge bestraft wird:

„wer bei dem Gewerbebetriebe im Umherziehen den ihm ertheilten Legitimationsschein nicht mit sich führt oder einem Anderen überläßt."

3. Der Nachweis der vorstehend gedachten Delikte, soweit die Begriffe des Gewerbes und der Gewohnheit in Frage kommen.

Wie die Gewohnheit begrifflich eine Wiederholung verlangt, so kann auch ein gewohnheitsmäßiges verbrecherisches Handeln nur aus einer Reihe einzelner Handlungen verbrecherischen Charakters bestehen. Wieviel Einzelhandlungen für Annahme der Gewohnheit genügen, läßt sich nicht allgemein bestimmen, und ist Sache thatsächlicher Feststellung im gegebenen Falle (vgl. Entscheidung des Ober-Tribunals vom 26. September 1866 Rechtsprechung B. 7 S. 494), jedoch muß theoretisch zugegeben werden, daß unter Umständen zwei Fälle genügen können, so selten man auch geneigt sein wird, bei einer einmaligen Wiederholung einer Handlung ihr den Charakter der Gewohnheitsmäßigkeit zu vindiciren (vgl. Oppenhoff Kommentar N. 4 zu § 150). Eine gewohnheitsmäßige Hehlerei, ein gewohnheitsmäßiges in Verkehr

bringen verringerter Münzen oder eine gewohnheitsmäßige Kuppelei kann man daher nur dann als vorliegend annehmen, wenn mehrere — d. h. mindestens zwei — Einzelfälle der Hehlerei, des Münzvergehens oder der Kuppelei konstatirt sind. Wenn auch eine auf ein gewohnheitsmäßiges Delikt gerichtete Anklage unter Umständen nur wegen einer Handlung, die allein noch der Aburtheilung unterliegt, erhoben werden kann, so muß die Anklage doch nothwendig von der Behauptung ausgehen, daß die in Rede stehende Einzelhandlung nur ein Glied aus einer Reihe von einzelnen Fällen sei, denn nur dann kann von einem gewohnheitsmäßigen Vergehen die Rede sein. Die Anklagebehörde hat den Beweis der Mehrheit von Fällen, aus welchen die Gewohnheitsmäßigkeit des Handelns entstanden, zu führen; sie wird deshalb regelmäßig mehrere konkrete Einzelfälle nachweisen müssen, denn nur ausnahmsweise wird in Verbindung mit andern Umständen aus einem einzelnen dargethanen Falle der Schluß gezogen werden können, daß nicht ein vereinzeltes Handeln, sondern ein gewohnheitsmäßiges Treiben vorliege.[44])

Im Gegensatz zur gewohnheitsmäßigen Thätigkeit erfordert die gewerbsmäßige, weil sie sich nur durch die auf die Wiederholung gerichtete Absicht kennzeichnet, nicht durchaus mehrere Einzelhandlungen. Es kann vielmehr einer einzelnen Handlung der Charakter der Gewerbsmäßigkeit beiwohnen; sie kann der Beginn einer gewerbsmäßigen Thätigkeit sein,[45]) welche in Folge besonderer Umstände gegen die Absicht des Handelnden unterbrochen oder beendigt wird, so daß es zunächst oder überhaupt bei dieser einen gewerbsmäßigen Handlung bleibt. Beispielsweise kann der Betrieb eines eben, und zwar ohne die erforderliche polizeiliche Genehmigung, errichteten Schankgewerbes von der Polizei inhibirt werden, nachdem nur einem einzigen Gaste ein Getränk verabfolgt war. Diese

---

[44]) Ein solcher Fall lag der Ober-Tribunalsentscheidung vom 8. September 1870, Rechtsprechung B. 11 S. 440 zu Grunde.

[45]) Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 5. Oktober 1872 und 17. September 1875 Rechtsprechung B. 13 S. 507 u. B. 16 S. 585.

eine Handlung war dennoch unzweifelhaft eine gewerbsmäßige. Trotzdem aber zum Begriffe der Gewerbsmäßigkeit nur eine Handlung erforderlich ist, kann dennoch gerade häufig aus einer gewerbsmäßigen Handlung, und zwar leichter als aus einer nur gewohnheitsmäßigen, der Schluß auf die frühere Vornahme gleichartiger Handlungen gezogen werden.[46]) Weil der Betreffende bei der einen Handlung, z. B. einem Verkaufe, eben gewerbsmäßig, d. h. mit der Absicht der Wiederholung verfuhr, kann häufig unter Hinzunahme anderer Momente, z. B. der bewirkten Herstellung eines Ladens seit gewisser Zeit, gefolgert werden, daß er auch schon früher dergleichen gewerbsmäßige Verkäufe vorgenommen habe. Umgekehrt kann aber auch, und das ist für unseren Zweck das Wichtigere, die Wiederholung einer Handlung, z. B. die große Anzahl von Ankäufen und Wiederverkäufen gewisser Gegenstände unter Umständen einen Schluß auf die Gewerbsmäßigkeit der Thätigkeit gestatten. Hinsichtlich der mit dem Hange zur Wiederholung vorgenommenen wiederholten Handlungen ist dieses vom Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 2. Juni 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 414) anerkannt, indem daselbst ausgesprochen wird, daß die Gewohnheitsmäßigkeit mit der Gewerbsmäßigkeit zwar nicht gleichbedeutend sei, wohl aber einen Schluß auf letztere rechtfertigen und unterstützen könne. Da aber ferner die Absicht und der Hang zur Wiederholung gleichfalls nicht identisch sind, so kann auch die wiederholte Vornahme gewisser Handlungen, selbst wenn die Neigung zur Wiederholung nicht gerade speciell erwiesen sein sollte, unter Umständen die Annahme der Gewerbsmäßigkeit rechtfertigen.

Der Nachweis wiederholter Handlungen ist sonach für die gewohnheitsmäßigen Verbrechen absolut erforderlich, mögen die Einzelhandlungen an sich schon den Thatbestand einer strafbaren Handlung enthalten, wie die einzelnen Fälle der Hehlerei, oder als solche straflos sein, wie die einfache nicht aus Eigennutz ver-

---

[46]) Vgl. Entscheidung des Ober-Tribunals vom 1. Dezember 1871, Rechtsprechung B. 12 S. 601 und Oppenhoff Kommentar N. 2 zu § 260.

übte Kuppelei; für die gewerbsmäßigen Delikte dagegen, d. h. also die gewerbsmäßige Hehlerei, das gewerbsmäßige Jagdvergehen und Betreiben von Glücksspielen, sowie die gewerbsmäßige ohne polizeiliche Aufsicht betriebene Unzucht, ist der gedachte Nachweis insofern von Bedeutung, als daraus allein oder in Verbindung mit anderen Umständen auf die Gewerbsmäßigkeit geschlossen werden kann. Aus demselben Grunde kann aber der Nachweis einer wiederholten gleichartigen, auf Gewinn abzielenden Handlung von Erheblichkeit für alle diejenigen Delikte sein, bei welchen der Begriff des Gewerbes in irgend einer Richtung hervortritt, namentlich also den Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung und Tödtung, sowie bei den im vorigen Abschnitte angedeuteten Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften der Gewerbe-Ordnung.

Wenden wir uns jetzt der Frage zu, inwiefern frühere strafbare Handlungen zum Nachweise eines der vorgedachten, durch die Begriffe des Gewerbes und der Gewohnheit beeinflußten Delikte verwendet werden können, so wird zunächst zwischen den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen und allen übrigen Strafthaten unterschieden werden müssen, im Weiteren zeigt sich aber speciell wieder bei den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikten ein wichtiger, durch die Natur derselben begründeter, Unterschied.

Ein Theil derselben setzt sich zusammen aus strafbaren Einzelhandlungen; es sind diejenigen, bei welchen die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerender Umstand erscheint, also die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Hehlerei und das gewerbsmäßige unberechtigte Jagen. Andere, bei welchen die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit nothwendig zum Thatbestand des Verbrechens gehört, setzen sich aus einer Reihe an sich erlaubter Handlungen zusammen, die nur dadurch, daß sie gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben werden, unter das Strafgesetz fallen; es sind dieses das gewerbsmäßige Glücksspiel und die gewerbsmäßige Unzucht. Zwischen beiden Kategorien stehen das gewohnheitsmäßige Münzvergehen und die gewohnheitsmäßige Kuppelei, weil bei diesen die Gewohnheitsmäßigkeit als Thatbestandsmoment nur in elektiver Konkurrenz mit anderen Momenten, im Falle des

§ 150 mit dem „Einverständnisse mit demjenigen, welcher die Münzen verringert hat,“ im Falle des § 180 mit dem „Eigennutz“ erscheint, neben die einfache Kuppelei ferner die schwere Kuppelei nach § 181 tritt, bei welcher die Gewohnheitsmäßigkeit kein Erforderniß ist.

Bei den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikten der ersteren Art kommen strafbare Handlungen zunächst als die an sich strafbaren Einzelhandlungen in Betracht; lediglich aus solchen setzt sich das gewohnsheitmäßige, meist dagegen das gewerbsmäßige Delikt zusammen, folglich ist der Nachweis mehrerer strafbarer Handlungen zum Erweise des gewohnheitsmäßigen Deliktes geradezu erforderlich, zu demjenigen, des gewerbsmäßigen wenigstens in hohem Grade dienlich. So hatte der Instanzrichter in dem der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 1. Dezember 1871 (Rechtsprechung B. 12 S. 601) zu Grunde liegenden Falle, — unter Billigung des höchsten Gerichtshofes — „an die gegenwärtige Ueberführung des Angeklagten in dem vorliegenden Falle einen in dem Jahre 1869 von Zeugen wahrgenommenen Hergang angeknüpft, welcher darauf schließen ließ, daß der Implorant bereits damals unberechtigt jagte.“ Es kann aber der einzelnen Handlung oder der Mehrheit derselben, die den gedachten Charakter tragen soll und deren Aburtheilung noch in Frage steht, selbst ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Delikt erweislich schon vorangegangen sein. Bildet beispielsweise eine einzelne Hehlerei den Gegenstand der Anklage, so kann der Nachweis, daß derselbe Angeschuldigte sich früher bereits der gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Hehlerei schuldig gemacht habe, sehr wohl den Richter dazu führen, daß er jetzt auch schon den einen Fall der Hehlerei als gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Hehlerei ansieht. Er wird es in diesem Falle noch leichter thun können, als wenn Angeklagter sich früher nur einer oder mehrerer einzelner Hehlereien schuldig gemacht hatte. Bei den gewerbsmäßigen Delikten der zweiten Art kann erdenklicher Weise eine frühere strafbare Handlung nur insofern interessiren, als sie eine gewerbsmäßige derselben Art, wie die jetzt abzuurtheilende, war, wenn also z. B. ein wegen gewerbsmäßigen

Glückspieles Angeklagter bereits früher sich eben dieses Vergehens schuldig gemacht hat. Es ist selbstverständlich, daß frühere Verurtheilungen wegen Gestattens von Glücksspielen oder Bankhaltens in dem oben Abschnitt I. besprochenen allgemeinen Sinne auch bei dem gewerbsmäßigen Glücksspiele in Betracht kommen können, insoweit sie geeignet sind, zur Ueberführung des Angeklagten zu dienen, d. h. darzuthun, daß er eine Persönlichkeit sei, bei welcher man sich des gedachten Vergehens wohl versehen könne. Diese allgemeine Bedeutung früherer strafbarer Handlungen zur Lösung der Schuldfrage kommt hier jedoch nicht in Betracht, vielmehr nur der Umstand, inwieweit Strafthaten zur Feststellung der Gewerbsmäßigkeit der beiden in diese Kategorie fallenden Delikte speciell dienlich sind, weil sie die Kette der vorliegenden Einzelhandlungen, welche das gewerbsmäßige Delikt ausmachen, verlängern. In dieser Richtung kann nur früher bereits begangenes gewerbsmäßiges Glücksspiel bezw. gewerbsmäßige Unzucht genannt werden, da die Einzelhandlungen als solche nicht strafbar sind. Bei den gewohnheitsmäßigen Delikten der letzten, zwischen den beiden anderen stehenden Art treten zu den früher begangenen gleichartigen gewohnheitsmäßigen Delikten der Münzfälschung bezw. Kuppelei noch die früher verübten strafbaren Einzelfälle beider Delikte, indem diese, wenn auch selbst des Begriffes der Gewohnheitsmäßigkeit entbehrend, dennoch zum Nachweise der in Rede stehenden gewohnheitsmäßigen Delikte gerade so beitragen können, wie Einzelhehlereien zur gewohnheitsmäßigen Hehlerei. So kann die gewohnheitsmäßige Kuppelei sowohl aus einer Wiederholung an sich strafloser Kuppeleien entstehen, als auch durch eine Wiederholung solcher Fälle der Kuppelei, welche entweder wegen des beim Handelnden obwaltenden Eigennutzes oder wegen Vorliegens der Momente der schweren Kuppelei nach § 181 St.G.B. strafbar sind.

Was die übrigen Delikte, außer den gewerbsmäßigen, anbetrifft, für deren Thatbestand in der einen oder anderen Weise der Begriff des Gewerbes von Erheblichkeit ist oder wenigstens werden kann, so kommen für deren Feststellung frühere strafbare Hand-

lungen insofern in Betracht, als aus denselben folgt, daß früher wenigstens der Angeklagte das Gewerbe, um welches es sich handelt, betrieben habe. Steht z. B. Jemand unter der Anklage einer mit Uebertretung seiner Gewerbspflicht begangenen fahrlässigen Körperverletzung (§ 230 Abs. 2 St.G.B.), so kann der Nachweis eines früher begangenen gleichen oder ähnlichen Vergehens, z. B. der fahrlässigen, mit Verletzung derselben Pflicht, verübten Tödtung, für die Ueberführung hinsichtlich der jetzt zur Anklage stehenden That insofern von Bedeutung sein, als aus dem früheren Betriebe des Gewerbes auf die jetzige gewerbliche Thätigkeit des Angeklagten ein Schluß gezogen werden kann; auch die frühere Uebertretung einer der oben gedachten Bestimmungen der Gewerbe-Ordnung, für welche die Betreibung eines Gewerbes Voraussetzung war, kann in gleicher Weise von Erheblichkeit sein. Und umgekehrt, steht Jemand unter der Anklage der Zuwiderhandlung gegen solche Vorschriften der Gewerbe-Ordnung, z. B. wegen Fortsetzung des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes, zu dessen Beginne eine besondere polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, so kann zur Entscheidung darüber, ob wirklich ein solcher Betrieb vorliege, ein früherer Verstoß gegen denselben § 147 Nr. 1 der Gewerbe-Ordnung oder auch möglicher Weise ein früheres Vergehen gegen § 230 Abs. 2 St.G.B. von Bedeutung werden.

Praktisch wird es sich jedoch so stellen, daß man in allen Fällen, wo die Betreibung des Gewerbes an sich erlaubt ist und das Delikt nur in einer neben diesem erlaubten Gewerbebetriebe herlaufenden strafbaren Handlung oder Unterlassung besteht, wie z. B. bei der Uebertretung gegen § 149 Nr. 2 der Gewerbe-Ordnung, welche darin besteht, daß der zum Gewerbebetriebe im Umherziehen durch einen ihm ertheilten Legitimationsschein an sich Berechtigte denselben nicht mit sich führt, davon Abstand nehmen wird, den Nachweis des Gewerbes, welches die Voraussetzung für das Vorliegen des Deliktes bildet, durch frühere strafbare Handlungen der gedachten Art zu erbringen, da derselbe in anderer Weise stets leichter zu führen sein wird. Dies trifft insbesondere auch bei den Vergehen gegen die §§ 222 Abs. 2 und 230 Abs. 2 St.G.B. zu.

Bei Delikten dagegen, welche entweder in der Betreibung eines regulären Gewerbes, welches jedoch ein unerlaubtes ist, weil beispielsweise die erforderliche polizeiliche Genehmigung nicht eingeholt ist (§ 147 Nr. 1 der Gewerbe-Ordnung), oder in einem gewerbsmäßigen bzw. gewohnheitsmäßigen Handeln bestehen, welches aus Einzelhandlungen sich zusammensetzt, die zwar nicht an sich, aber doch in Folge des gewerbsmäßigen oder gewohnheitsmäßigen Betriebes strafbar sind, wie z. B. bei dem gewerbsmäßigen Glücksspiel (§ 284 St.G.B.) oder der gewohnheitsmäßigen Kuppelei (§ 180 St.G.B.), wird eine nachgewiesene frühere strafbare Handlung der oben bezeichneten relevanten Art häufig zum Beweise des strafbaren Gewerbebetriebes oder des strafbaren gewerbsmäßigen bezw. gewohnheitsmäßigen Handelns dienen. In erhöhtem Grade wird dieses der Fall sein, bei denjenigen gewerbsmäßigen Delikten, welche sich aus lauter strafbaren Handlungen zusammensetzen, wie z. B. beim gewerbsmäßigen Jagdvergehen, indem hier regelmäßig mehrere strafbare Einzelhandlungen und nicht blos eine vorliegen werden.

Bei den gewohnheitsmäßigen Delikten endlich der gedachten Art, wie z. B. der gewohnheitsmäßigen Hehlerei, ist der Nachweis wiederholter früherer strafbarer Handlungen zum Erweise des Thatbestandes jener Delikte sogar erforderlich, wenn auch nicht in dem Sinne, daß eine Reihe specialisirter Einzelhandlungen durchaus nothwendig wäre.

Weiter drängt sich jetzt die Frage auf, ob auch diejenigen früheren strafbaren Handlungen, wegen deren bereits die Bestrafung des Thäters erfolgt ist, gegen diesen auf eine der eben gedachten Arten verwerthet werden können. Dieselbe wird nicht minder zu bejahen sein, wie die Fragen, ob verjährte Handlungen herangezogen werden können, bzw. ob, wenn nur das neuere Gesetz gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Delikte dieser Art mit Strafe bedroht, das ältere aber nicht, der Richter befugt sei, den Thatbestand durch die Gesammtbeurtheilung sowohl der unter dem älteren als der unter dem neueren Gesetze verübten Handlungen für her-

gestellt zu erachten.[47]) Gegen die Bejahung der hier interessirenden Frage kann namentlich nicht, wie es Meyer Kommentar A. 4 zu § 260 thut, geltend gemacht werden, daß die Berücksichtigung solcher bereits abgeurtheilter Strafthaten einen materiellen Verstoß gegen die Regel „non bis in idem“ enthalten würde. Bildet ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Delikt den Gegenstand einer Anklage, so greift der Grundsatz non bis in idem zwar Platz, insoweit die einzelnen Handlungen, mögen sie auch nicht speciell berücksichtigt sein, vor der früheren Verurtheilung liegen,[48]) jedoch kann dann nicht von der Geltung jenes Satzes die Rede sein, wenn lediglich der Charakter von Handlungen, die hinter der erfolgten Verurtheilung liegen, aus den dieser zu Grunde liegenden Strafthaten festgestellt werden soll. Alsdann werden nicht die bereits abgeurtheilten strafbaren Handlungen zum Gegenstande nochmaliger Aburtheilung gemacht, sondern sie werden nur herangezogen, um die richtige Beurtheilung einer anderen Strafthat zu ermöglichen. Die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit ist gleichsam eine eigenthümliche Färbung einer bzw. mehrerer Einzelhandlungen und nur die Feststellung einer solchen Färbung bei bisher noch nicht abgeurtheilten Handlungen steht in Frage. Dieser Nachweis kann an sich auf jede Art und folglich auch, soweit es möglich, durch ein Zurückgehen auf bereits abgeurtheilte Strafthaten erbracht werden. Daß dieses Verfahren zulässig sei, wird für die gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikte von Oppenhoff Kommentar N. 2 zu § 260 und N. 4 zu § 150 unter Berufung auf ältere nicht

---

[47]) Vgl. über diese letztere Frage das dieselbe bejahende Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 23. Dezember 1853 in Goltdammer's Archiv B. 2 S. 128 und den Aufsatz „Zur Frage über die rückwirkende Kraft der Strafgesetze“ in derselben Zeitschrift B. 7 S. 312.

[48]) Von diesem bisher allseitig anerkannten Satze — vgl. Oppenhoff Kommentar N. 5 zu § 260 und Rüdorff Kommentar N. 4 zu § 260 — ist neuerdings das Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 23. April 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 307) abgewichen, indem es in einem Falle, bei zwei den Charakter einer gewerbsmäßigen Hehlerei tragenden an sich selbstständigen Handlungen Realkonkurrenz wiederholter Gewerbshehlerei annahm, eine Auffassung, die nicht begründet sein dürfte.

veröffentlichte Ober-Tribunalsentscheidungen, sowie von Schwarze Kommentar A. zu § 260 und A. zu § 180 S. 478 anerkannt. Bei den übrigen strafbaren Handlungen, für deren Thatbestand der Begriff des Gewerbes von Bedeutung ist, kann die Zulässigkeit des Zurückgehens auf abgeurtheilte Fälle behufs Feststellung des Gewerbebetriebes gleichfalls keinem Zweifel unterliegen.

Was endlich den Einfluß der Vorbestrafungen selbst auf die mehrerwähnten Delikte anbetrifft, so kommen wir hier, unter Festhaltung des oben Abschnitt I a. E. gewonnenen Ergebnisses, zu einer Unterscheidung zwischen den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikten einerseits und den übrigen durch den Begriff des Gewerbes beeinflußten strafbaren Handlungen andererseits. Bei letzteren kann die bloße Thatsache einer früheren Verurtheilung für die Aburtheilung eines späteren Falles nicht wohl von Bedeutung sein, denn indem es sich dabei stets nur um die Betreibung eines regulären — wenn auch ev. einer polizeilichen Genehmigung bedürfenden — Gewerbes handelt, kann nicht davon gesprochen werden, daß dem Einen mehr als dem Andern der Betrieb desselben zugetraut werden könne; es kann somit auch eine Seitens eines früheren Richters erfolgte Verurtheilung und die damit getroffene Feststellung, daß Angeklagter ein gewisses Gewerbe betrieben habe, nicht für die Begründung der Ueberzeugung des späteren Richters von der Schuld desselben Angeklagten hinsichtlich eines der in Rede stehenden Vergehen bzw. von der Betreibung eines gleichen Gewerbes Seitens desselben von Einfluß sein. Anders liegt die Sache bei den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikten; zunächst entschieden dann, wenn der frühere Richter denselben Angeklagten gleichfalls schon eines solchen Deliktes für schuldig erachtet hatte. Dieses Urtheil kann geeignet sein, auf die Ueberzeugung des späteren Richters einen Einfluß zu üben. Dasselbe wird aber der Fall sein bei den Vorbestrafungen wegen solcher einzelner Strafthaten, die erst zusammen und unter gewissen Verhältnissen den Thatbestand eines gewerbs- oder gewohnheitmäßigen Deliktes erfüllen. So sind wegen Einzelhehlereien erfolgte Vorbestrafungen eines auf Grund des § 260 St.G.B. Angeklagten in der oben

Abschnitt I ausgeführten Weise wohl im Stande, das Urtheil des jetzigen Richters über die Schuld des Angeklagten zu bestimmen oder wenigstens zu beeinflussen.

VI. Antragsberechtigung neben Officialthätigkeit und Zusammentreffen mehrerer Antragsberechtigungen bei einem Delikte.

Im Falle einer Idealkonkurrenz kann ein von Amtswegen zu verfolgendes Delikt mit einem Antragsdelikte konkurriren und zwar so, daß entweder jenes oder dieses mit der schwereren Strafe bedroht ist. Beispiele hierfür sind einerseits ideelle Konkurrenz von Incest (§ 173 St.G.B) und Ehebruch (§ 172 das.), andererseits von Fälschung einer Privaturkunde in gewinnsüchtiger Absicht (§ 268 Nr. 1 St.G.B.) und Betrug im wiederholten Rückfalle gegen einen Angehörigen verübt (§ 263 Abs. 4, § 264 St.G.B.). Wie beantwortet sich in diesen Fällen bei nachträglicher rechtzeitiger Stellung eines Strafantrages die Frage nach der Verfolgung wegen des Antragdeliktes, wenn eine Verurtheilung wegen des Officialdeliktes bereits zu einer Zeit erfolgte, als der Antrag auf Bestrafung noch nicht gestellt war, sei es, daß der Berechtigte es nicht konnte oder nicht wollte? Und wie stellt sich ferner in dem ähnlichen Falle die Frage wegen Bestrafung auf den Antrag eines Berechtigten, wenn beim Vorliegen einer, mehrere Antragsberechtigte verletzenden, strafbaren Handlung, zuvor schon auf den Antrag eines anderen der Verletzten die Verurtheilung ausgesprochen ist? Wie schon hervorgehoben, haben wir die Verletzung mehrerer Personen im Auge und nicht etwa die bloße Konkurrenz mehrerer Antragsberechtigungen, auf Grund der Bestimmungen des § 65 Abs. 1 und 2 St.G.B., denn daß durch ein Aufeinanderfolgen der Strafanträge in einem solchen Falle kein erneuetes Strafverfahren herbeigeführt werden könne, erhellt von selbst. Aber auch diejenigen Fälle der wirklichen Konkurrenz von Antragsberechtigungen mehrerer verletzten

Personen scheiden aus, in denen der urtheilende Richter auch nur beim Vorliegen eines Antrages dennoch mit Nothwendigkeit die verbrecherische That in ihrer Gesammtheit zum Gegenstande seiner Aburtheilung machen muß, so z. B. wenn man mit Oppenhoff Kommentar N. 10 u. 11 zu § 247 St.G.B. beim Diebstahl eine Konkurrenz der Antragsberechtigungen des Eigenthümers der Sache und des durch deren Entziehung benachtheiligten Inhabers der Sache annimmt.[49]) Stellt hier nur einer von beiden den Strafantrag, während beide dazu berechtigt sind, so muß der Richter doch nothwendig berücksichtigen, daß die Sache eine fremde bezw. einem Anderen weggenommen war. Kann somit auch hier von einem nochmaligen Einschreiten gegen den bereits in Folge eines Antrages Verurtheilten nicht die Rede sein, so bleibt für uns nur diejenige Konkurrenz der Antragsberechtigungen bestehen, in welchen die Verletzungen der verschiedenen Personen durch eine und dieselbe strafbare Handlung derartig nebeneinander herlaufen, daß der Richter, wenn nur Einer derselben die Bestrafung beantragt hat, den Umstand der konkurrirenden Verletzung anderer Personen ganz außer Betracht lassen muß. Dieses ist der Fall, wenn beispielsweise mehrere Personen durch eine Kundgebung beleidigt oder durch einen Schuß körperlich verletzt worden sind. Hier müssen allerdings Manche eine wiederholte strafrechtliche Verfolgung desselben Angeschuldigten auf Grund aufeinander folgender Strafanträge deshalb für unbedenklich erachten, weil sie nicht Ideal-, sondern Realkonkurrenz annehmen, so namentlich Hälschner[50]) System B. 1 S. 511 e, John Die Lehre vom fortge-

[49]) Anderer Ansicht sind, indem sie nur den Eigenthümer als Verletzten ansehen: Bar Ueber die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten bei den sog. Antragsdelikten, bei Goltdammer B. 19 S. 649 und Nessel Die Antragsberechtigungen des D. R. St.G.B. S. 25.

[50]) Die genannten Autoren legen auf die Absicht des Handelnden, das konkrete Recht mehrerer Personen zu verletzen, das entscheidende Gewicht, aber mit Unrecht, denn in Folge einer solchen Absicht können sich dennoch nimmermehr aus einem untrennbaren äußeren Thun, z. B. dem einmaligen Abdrücken eines Gewehrs, mehrere verschiedene Handlungen gestalten. Vergl. das in der folgenden A. citirte Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 7. Oktober 1874.

setzten Verbrechen S. 129 ff. und Merkel Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen S. 156. Der oberste Gerichtshof für Bayern hat sich in der Entscheidung vom 9. Dezember 1873 (in der Sammlung von Entscheidungen desselben in Gegenständen des Strafrechts und Processes B. 3 Nr. 172 S. 558 ff.) auch für das Reichsstrafrecht dieser Auffassung angeschlossen, indem er den Satz aufstellte: „Eine Aeußerung, durch welche zwei Personen zusammen der gleiche beleidigende Vorwurf gemacht wird, begründet zwei Vergehen der Beleidigung." Für diejenigen aber, welche — wie wir — mit dem Ober-Tribunal[51]), Oppenhoff Kommentar N. 32 zu Thl. II. Tit. 14 und N. 3 zu § 73, Meyer Lehrbuch S. 331 ff. in derartigen Fällen nur eine einzige Handlung und demgemäß nur einen Straffall annehmen, ist die Antwort auf die Frage, ob eine wiederholte Bestrafung wegen derselben in Folge nacheinander gestellter Strafanträge zulässig sei, nicht ohne Weiteres gegeben. Die Antwort hierauf sowie auf die im Anfange dieses

[51]) Das Ober-Tribunal hatte schon unter der Herrschaft des Pr.St.G.B. in dem Erkenntnisse vom 26. März 1852 (bei Oppenhoff Kommentar zum Pr. St.G.B. N. 29 zu Thl. II. Tit. 13 und zum R. St.G.B. N. 32 zu Thl. II. Tit. 14) den Grundsatz ausgesprochen, daß die durch eine Aeußerung mehreren Personen zugefügte Beleidigung nur eine einzige Handlung bezw. Strafthat darstelle. Dieser Ansicht ist das Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 7. Oktober 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 627) auch für's Reichsstrafrecht getreu geblieben. Kaum vereinbar mit derselben erscheint jedoch das Erkenntniß vom 22. Juni 1875 (das. B. 16 S. 478), da durch den Umstand, daß hier die Anstiftung mehrerer Personen zu verschiedenen Strafthaten durch ein und dieselbe Handlung in Frage kam, und durch die Bestimmung des § 48 St.G.B., wonach der Anstifter nach dem auf den Thäter anzuwendenden Strafgesetz zu bestrafen ist, der Grundsatz, daß eine strafbare Handlung nur mit der einmaligen gesetzlichen Strafe belegt werden kann, nicht aufgehoben wird. Schon die Entscheidung vom 12. November 1866 (daselbst B. 7 S. 623), welche eine durch eine Aeußerung mehreren Personen zugefügte Beleidigung betraf, läßt ein Schwanken in der Auffassung erkennen, indem die Berücksichtigung eines von einem der übrigen Verletzten im Laufe des Verfahrens gestellten Strafantrages für unzuläßig erklärt wurde, da der Gegenstand der auf den Strafantrag eines andern Verletzten eingeleiteten Untersuchung nur dessen Verleumdung gewesen sei.

Abschnittes gestellte Frage hängt davon ab, ob in diesen Fällen der processualische Grundsatz non bis in idem für durchgreifend erachtet wird.

Beide Fälle scheinen für die hier interessirende Frage gleich zu liegen. Die Unzulässigkeit einer nochmaligen Aburtheilung derselben Handlung würde in beiden gleichmäßig eine Verletzung des materiellen Antragsrechtes zu Gunsten eines processualischen Grundsatzes insofern enthalten, als bei der erfolgten Aburtheilung der Umstand, daß eine bezw. noch eine fernere auf Antrag zu verfolgende Verletzung vorlag, unberücksichtigt bleiben mußte. Die Statuirung der Statthaftigkeit einer wiederholten Aburtheilung auf Grund eines neuen Strafantrages würde dagegen durch Aufgabe des processualischen Grundsatzes non bis in idem die Durchführung der materiellen Antragsberechtigung ermöglichen.

Da die Lösung der Frage durch eine Deutsche Strafproceß-Ordnung zur Zeit noch aussteht, werden wir derselben, unter Berücksichtigung des Entwurfes der letzteren, zunächst de lege ferenda näher zu treten versuchen.

Der dem Fünften Buche: Betheiligung des Verletzten bei dem Verfahren; Erster Abschnitt „Privatklage" angehörende § 337 des Entwurfes der Strafproceß-Ordnung lautet:

„Sind wegen derselben strafbaren Handlung mehrere Personen zur Privatklage berechtigt, so ist bei Ausübung dieses Rechts ein Jeder von dem Anderen unabhängig.

Hat jedoch einer der Berechtigten die Privatklage erhoben, so steht den übrigen nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren, und zwar in der Lage zu, in welcher sich dasselbe zur Zeit der Beitrittserklärung befindet.

Jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung äußert zu Gunsten des Beschuldigten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Verletzten, welche die Privatklage nicht erhoben haben."

Hierzu bemerken die Motive:

„Ist die Privatklage von einem dazu Berechtigten erhoben worden, so erscheint es ebensowenig statthaft, daß andere gleichfalls zur Klage Berechtigte hierdurch von der Wahrnehmung

ihrer Befugnisse ausgeschlossen werden (es wird hier auf § 62 R. St.G.B. verwiesen), als daß der Beschuldigte wegen ein und derselben That, im Widerspruch mit dem Grundsatze: „ne bis in idem," mehreren gleichzeitigen oder auf einander folgenden Untersuchungen ausgesetzt werde. Die übrigen Berechtigten können daher zwar dem eingeleiteten Verfahren beitreten, aber nur in der Lage, in welcher sie es vorfinden, und ein Klageberechtigter, welcher erst nach entschiedener Sache auftritt, muß die ergangene Entscheidung gerade so gegen sich gelten lassen, als wenn er sie selbst als Privatkläger herbeigeführt hätte."

Die Berechtigung der in diesen Motiven geltend gemachten Gesichtspunkte, die Wahrung nämlich des Grundsatzes non bis in idem und die möglichste Verwirklichung des in § 62 St.G.B. jedem einzelnen Verletzten gewährten materiellen Antragsrechtes neben jenem, wird kaum in Zweifel gezogen werden können, namentlich nicht in der Richtung, daß beim Zusammentreffen beider einander entgegenstehender Principien das Gewicht des processualischen Grundsatzes überwiegen müsse. Alle diejenigen Momente, welche dazu beigetragen haben, denselben zu einem der Fundamentalsätze des Strafprocesses zu erheben, sprechen auch in den hier vorliegenden Fällen gegen eine nochmalige Verhandlung des bereits abgeurtheilten Deliktes. Der Umstand aber, daß in Folge der unterlassenen Stellung eines Strafantrages Seitens eines Berechtigten, den derselbe entweder neben einem anderen Berechtigten oder bei ideeller Konkurrenz eines Officialdeliktes stellen konnte, der Strafrichter rechtlich außer Stande war, das Delikt in seinem ganzen Umfange zu würdigen und alle Momente desselben bei Abmessung der Strafe mit zu berücksichtigen, dürfte kaum schwerer ins Gewicht fallen, als derjenige, daß die unvollständige Beurtheilung der Strafthat auch die Folge unbekannter thatsächlicher Vorgänge sein kann. So wenig wie die nachträgliche Ermittelung dieser, kann die später durch Stellung des bezüglichen Strafantrages rechtlich ermöglichte Zulässigkeit der Beurtheilung auch der anderen Momente eine nochmalige Verhand-

lung gegen denselben Angeklagten rechtfertigen. Die Möglichkeit, auf diese Weise nachträglich eine Verurtheilung oder eine Erhöhung der Strafe zu erzielen, ist vom kriminalpolitischen Standpunkt aus kein Vortheil, der im Stande wäre, die Nachtheile einer zweiten Aburtheilung aufzuwiegen.

Diese Erwägungen greifen jedoch nicht nur in dem Falle des § 337 des Entwurfs der Strafproceß-Ordnung Platz, sondern in gleichem, wenn nicht in höherem Grade auch dann, wenn vorher eine öffentliche Anklage von Amtswegen oder auf Antrag erhoben war. Ist die staatlich zur Strafverfolgung bestellte Behörde eingeschritten, so erscheint die nochmalige Verfolgung desselben Angeschuldigten wegen desselben Delikts, sei es wiederum auf öffentliche Anklage, sei es im Wege der Privatklage, noch unangemessener, wie wenn vorher eine Privatklage erhoben war.[52]) Der Entwurf läßt eine Bestimmung vermissen, welche — entsprechend dem Abs. 3 des § 337 — ausspräche, daß jede auf öffentliche Anklage ergangene Entscheidung zu Gunsten des Beschuldigten ihre Wirkung gegenüber den Antragsberechtigten derartig äußere, daß die spätere Stellung eines Strafantrages Seitens derselben eine neue Verfolgung nicht mehr herbeiführen könne. Eine solche Bestimmung kann erforderlich scheinen, wenn man berücksichtigt, daß nicht nur in der Theorie von Schwarze in dem Aufsatze: „Ueber die strafprocessuale Behandlung derjenigen Verbrechen, welche in einer Richtung von Amtswegen, in anderer aber nur auf Antrag des Verletzten zur Untersuchung gezogen werden." (im Gerichtssaal B. 15 S. 168), das entgegengesetzte Verfahren für zulässig erachtet worden ist, sondern auch — wie unten gezeigt werden soll — das Ober-Tribunal auf diesem Standpunkte steht.

Es kann sich hiernach vom Standpunkte der Gesetzgebung nur fragen, wie sich neben dem Grundsatze ne bis in idem das materielle Antragsrecht möglichst verwirklichen lasse. Der Entwurf

---

[52]) Vergl. den oben A. 49 citirten Aufsatz von Bar bei Goltdammer B. 19 S. 718 f.

gestattet in § 337 für den Fall einer erhobenen Privatklage den übrigen Antragsberechtigten den Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren in der Lage, in welchem sich dasselbe zur Zeit der Beitrittserklärung befindet. Für den Fall einer erhobenen öffentlichen Anklage bedarf es keiner analogen Bestimmung, indem die Berücksichtigung eines während ihrer Verhandlung noch gestellten Strafantrages bei der demnächstigen Urtheilsfällung — event. nach einer Vertagung der Verhandlung zur genügenden Vorbereitung der Vertheidigung — zulässig erscheint, da es sich immer um dieselbe That des Angeschuldigten handelt, deren allseitige Beurtheilung nur erst durch die Stellung des Strafantrages ermöglicht wird (vergl. §§ 224, 225 des Entwurfs der Strafproceß-Ordnung).

Es fragt sich aber, ob nicht gewisse Maßregeln zur Sicherung dagegen vorzuschreiben seien, daß der Verletzte nicht durch die ohne sein Wissen erfolgende Aburtheilung der That um die wirksame Geltendmachung seines Antragsrechtes komme. Schwarze (in dem oben citirten Aufsatze Gerichtssaal B. 15 S. 168) hat eine dahin gehende Bestimmung vorgeschlagen, daß der Verletzte ausdrücklich befragt werde, ob er von seinem Strafrechte Gebrauch machen wolle, auch an den Nichtgebrauch der Verlust der späteren selbstständigen Verfolgung geknüpft werde. Während letztere Folge nach dem Entwurfe der Strafproceß-Ordnung — der ausdrücklichen Bestimmung bezw. ihrem Sinne gemäß — von selbst eintritt, ordnet sie eine Befragung des Berechtigten hinsichtlich der Stellung des Antrages nicht an. Schon Bar (bei Goltdammer B. 19 S. 718 A. 2) trat dem Verlangen Schwarzes nach einer bezüglichen gesetzlichen Vorschrift mit dem Bemerken entgegen, daß eine solche nicht erforderlich sei, denn eine Aufforderung, einen Antrag zu stellen, sei nicht Unrecht, sondern regelmäßig nur unangemessen. Allein es handelt sich hier nicht um Zulässigkeit einer solchen Aufforderung, sondern um deren Anordnung zu dem Zwecke, damit nicht dem Antragsrecht eines Verletzten durch Aburtheilung der Strafthat präjudicirt werde. Da von der in solchen Fällen einschreitenden Staatsanwaltschaft er-

wartet werden kann, daß sie den Strafantrag des Verletzten trotz Konkurrenz eines Officialdelikts zu beschaffen suchen werde, falls derselbe von praktischer Erheblichkeit werden kann, desgleichen die Strafanträge sämmtlicher Berechtigten, sobald durch die eine Handlung eine Mehrzahl von Personen verletzt ist, so kann wohl im Falle der Erhebung einer öffentlichen Anklage eine Bestimmung des oben gedachten Inhaltes entbehrt werden, dagegen scheint sie bei Anstellung einer Privatklage wünschenswerth, weil der Privatkläger nicht auf die konkurrirenden Antragsrechte Anderer rücksichtigen wird. Die Bestimmungen würden etwa dahin zu lauten haben:

„Der Privatkläger hat, falls durch die den Gegenstand der Klage bildende strafbare Handlung desselben Angeklagten mehrere Personen verletzt sind, sämmtlichen Antragsberechtigten die beabsichtigte Erhebung der Privatklage anzuzeigen. Bei Anbringung der Klage ist, soweit sich die übrigen Antragsberechtigten nicht angeschlossen haben, der Nachweis zu führen, daß seit der bewirkten Benachrichtigung der übrigen Antragsberechtigten ein vierzehntägiger Zeitraum verstrichen ist oder daß eine Benachrichtigung derselben gar nicht bezw. nicht ohne erhebliche Kosten oder Verzögerung möglich gewesen ist.

Wenn aus dem Inhalte einer Privatanklageschrift hervorgeht, daß mehrere Antragsberechtigte vorhanden sind, so ist die Privatklage vor Erbringung des eben erwähnten Nachweises nicht einzuleiten. Stellt sich im Laufe eines bereits eingeleiteten Verfahrens heraus, daß mehrere Antragsberechtigte vorhanden seien, so ist mit demselben bis zur Beibringung des Nachweises innezuhalten. Wird der Nachweis binnen einer dreimonatlichen Frist nicht erbracht, so ist der Privatkläger zur Tragung der bisher entstandenen Kosten verbunden.

Der Privatkläger, welcher wissentlich die Benachrichtigung der übrigen Antragsberechtigten unterläßt, ist von dem Prozeßrichter auf Antrag eines jeden derselben in eine Geldstrafe bis zu drei hundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, mit Haft bis zu sechs Wochen zu bestrafen."

Nach dem im Vorhergehenden de lege ferenda eingenommenen Standpunkte erhellt, daß von demselben aus die vorliegenden Fragen nicht in den Kreis der vorgesteckten Aufgabe gehören, denn es würde in Folge der Wirkung der rechtskräftigen Erkenntnisse in den beregten Fällen eben keine Strafthat mehr zur Aburtheilung kommen können, vielmehr würde das Verfahren als unstatthaft einzustellen sein. (Vgl. die Vorbemerkung S. 1.) Vom positiven Standpunkte aber der preußischen Proceßgesetzgebung, sowie namentlich in Anbetracht der Stellung, welche das Ober-Tribunal zu der Frage eingenommen hat, erscheint deren Erörterung gerechtfertigt.

Was zunächst den altpreußischen Proceß der Verordnung vom 3. Januar 1849 und des Gesetzes vom 3. Mai 1852 anbetrifft, so hat das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 10. April 1856 (bei Goltdammer B. 4 S. 838), in demselben von der Annahme ausgehend, daß die durch eine und dieselbe Aeußerung verübte Verleumdung zweier Personen nur eine strafbare Handlung, ein Vergehen sei, (Vgl. oben A. 51.) es für processualisch zuläßig erachtet, daß der jedem einzelnen Beleidigten selbstständig zustehende Antrag auf Bestrafung von den verschiedenen Beleidigten getrennt in mehreren gleichzeitig oder nach einander erhobenen Privatanklagen der Beleidigten geltend gemacht werde. Das Ober-Tribunal hat sich zwar nicht ausdrücklich darüber ausgelassen, ob es auch nach erhobener Anklage Seitens des Staatsanwaltes die neue Erhebung einer solchen in Folge eines von einem anderen Beleidigten gestellten Strafantrages bezw. die Erhebung einer Privatanklage durch einen andern der Beleidigten gleichfalls für zuläßig erachte, allein es stehen dem einerseits die Gründe der eben besprochenen Entscheidung nicht entgegen, andererseits kann auf Grund des Erkenntnisses vom 12. November 1866 (Rechtsprechung B. 7 S. 623), sowie des älteren vom 26. März 1852 (Oppenhoff Kommentar zum Pr. St.G.B. N. 28 zu Thl. II Tit. 13) in Verbindung mit demjenigen vom 10. April 1856 der Schluß gezogen werden, daß das Ober-Tribunal eintretenden Falles auch vor der Konsequenz nicht zurückschrecken würde, ein Verfahren der

eben charakterisirten Art gleichfalls für statthaft zu erachten. Nach den Ausführungen im Eingange dieses Abschnittes muß dasselbe sogar dann für zulässig gehalten werden, wenn ebendieselbe Handlung nicht mehrere Antragsberechtigte verletzt, sondern wenn ein Antragsdelikt mit einer von Amtswegen zu verfolgenden Strafthat ideell konkurrirt, denn für die hier in Betracht kommende Frage liegt dieser Fall nicht anders, wie jener. Ob aber das Ober-Tribunal wirklich dazu geschritten sein würde, in dieser Weise dem aus § 1 der Verordnung und Artt. 30 u. 80 des Zusatzgesetzes gefolgerten Grundsatze non bis in idem[53]) entgegen zu deduciren, darf billig bezweifelt werden, deshalb aber auch umgekehrt, ob die Entscheidung vom 10. April 1856 mit dem gedachten Grundsatze des altpreußischen Strafverfahrens vereinbar sei.

Hinsichtlich der Preußischen Strafproceß-Ordnung vom 25. Juni 1867 liegt die Frage, wenigstens für die Privatklagen, insofern anders, als § 496 derselben positiv bestimmt:

„Wenn mehrere Privatkläger die Bestrafung des nämlichen Beschuldigten wegen der nämlichen That beantragen, so können diese Anträge mittelst Einer Klage und in Einem Verfahren zur Geltung gebracht werden, unbeschadet der Befugniß des Gerichts, eine Trennung des Verfahrens anzuordnen."

Auf Grund dieser Vorschrift konnte das Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 7. Oktober 1874 (Rechtsprechung B. 15 S. 627) mit Recht im Falle der Beleidigung mehrerer Personen durch eine einheitliche Handlung, wenn eine Privatklage nur wegen der Einem der Verletzten zugefügten Beleidigung erhoben war, ein neues Strafverfahren zufolge der von den übrigen beleidigten Personen angestellten Privatklage für statthaft erachten.

In dieser Entscheidung hat übrigens — und darin zeigt sich der Einfluß der bereits erfolgten Aburtheilung einer Strafthat, wenn auch nicht auf eine andere noch zur Aburtheilung kommende, so doch auf dieselbe noch einmal abzuurtheilende, — das Ober-

---

[53]) Vgl. Oppenhoff: Die preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen. Register unter: non bis in idem.

Tribunal, wie auch in derjenigen vom 10. April 1856, angenommen, daß in dem neuen Strafverfahren nur eine Zusatzstrafe zu der früher verhängten, innerhalb der Grenzen der für eine Beleidigung statthaften Strafe, ausgesprochen werden könne. Wenn einmal derartige Handlungen, wie wir meinen mit vollem Rechte, nur als einheitliche Strafthaten angesehen werden, so ist diese Begrenzung des späteren Richters in der Strafabmessung mit Nothwendigkeit gegeben. Durch sämmtliche in den späteren Verfahren zu verhängende Strafen darf die in dem übertretenen Strafgesetze angedrohte Strafe, welche durch Begehung einer Handlung auch nur einmal verwirkt ist, nicht überschritten werden. Bildet somit der Umstand, daß durch die eine Handlung mehrere Personen verletzt sind, nur einen Strafmessungsgrund innerhalb des gegebenen Strafrahmens, so folgt daraus, daß in dem späteren Verfahren von Erhöhung der bereits erkannten Strafe überhaupt Abstand genommen werden kann. Die mißbilligende Kritik, welche das Ober-Tribunalserkenntniß vom 10. April 1856 Seitens John's (Fortgesetztes Verbrechen S. 132 f.) gefunden hat, beruht lediglich auf der abweichenden Auffassung desselben hinsichtlich der einen gegen mehrere Personen gerichteten Kundgebung beleidigenden Charakters als mehrerer Handlungen. (Vgl. oben S. 150).

VII. Die Feststellung der Vorbestrafungen.

1. Im Allgemeinen.

Die Feststellung der Vorbestrafungen eines Angeklagten kann an sich durch alle im Strafprocesse zulässigen Beweismittel geschehen. Deshalb namentlich, und zwar an erster Stelle, durch die Vorakten, welche in Beziehung auf die verhängte Bestrafung und deren Vollstreckung, „unmittelbaren Aufschluß" gewähren. Ihr hierfür relevanter Inhalt kann deshalb zum Zwecke des Beweises der Vorbestrafung stets in der öffentlichen Verhandlung

verlesen werden. Wie § 247 Nr. 3 der Pr. St. P. O. vom 25. Juni 1867 ausdrücklich vorschreibt, daß als Beweismittel erforderlichen Falls zu verlesen seien „die gegen den Angeklagten früher ergangenen Strafurtheile oder Auszüge aus denselben", so proponirt § 211 des Entwurfes der Strafproceßordnung in passender Ausdehnung auf die Straflisten:

„Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke werden in der Hauptverhandlung verlesen. Dies gilt insbesondere von früher ergangenen Strafurtheilen, von Straflisten" u. s. w.

Aus den Strafurtheilen erhellt von selbst ihr Charakter als inländischer, falls nur die Principien, nach denen die Frage zu entscheiden, welche Urtheile als inländische im Sinne des St.G.B. gelten, feststehen.

In Ermangelung von Vorakten ist namentlich durch das Geständniß des Angeschuldigten hinsichtlich der erlittenen Vorbestrafungen deren Beweis für erbracht zu erachten. Nöthigenfalls wird auch die Bekundung von Zeugen eintreten können, namentlich sowohl des Richters, welcher die Vorstrafe erkannt hat, als auch desjenigen Beamten, der die Strafvollstreckung geleitet hat.

Da, wie sich das Ober-Tribunal in den Gründen der Entscheidung vom 1. Februar 1861 (Rechtsprechung B. 1 S. 237) ausdrückt, ein Strafverfahren sich nicht gegen einen Namen, sondern gegen ein bestimmtes Individuum richtet, so erhellt von selbst, daß in allen Fällen, in denen Vorbestrafungen einen Einfluß auf noch abzuurtheilende Strafthaten üben, einerseits eine frühere gegen denselben Angeschuldigten, aber unter falschem Namen ergangene Verurtheilung, dennoch gegen ihn in vollem Maaße ins Gewicht fällt, andererseits die Vollstreckung der früheren Strafe sich auch wirklich gegen den Verurtheilten gerichtet haben muß (vergl. Oppenhoff Kommentar N. 18 zu § 244). Dieses letztere Moment bewirkt, daß der Angeklagte, wenn die frühere Strafe nicht gegen ihn, sondern gegen eine dritte Person vollstreckt worden[54]), durch den Nachweis dieses Umstandes geeigneten Falls die

---

[54]) Dieser Fall ereignet sich in der Praxis nicht selten, indem dritte

für ihn sonst aus der Vorbestrafung etwa sich ergebenden straferschwerenden Folgen abwenden kann. Es liegt eben alsdann eine Vorbestrafung im vollen Sinne des Gesetzes gegen ihn nicht vor, sondern nur eine frühere Verurtheilung.

2. Die Feststellung einer früher erfolgten Verurtheilung.

a. Die Verurtheilung wegen eines konkreten Deliktes.

Nach den Ausführungen in den Abschnitten I—VI können, von der Strafverbüßung zunächst abgesehen, frühere Verurtheilungen als solche ihrem Inhalte nach bei einem noch zu fällenden Strafurtheile in verschiedenem Umfange interessiren. In allen Fällen freilich ist es erheblich zu wissen, wegen welchen konkreten Deliktes die frühere Verurtheilung erfolgt war. Während aber in einer Reihe von Fällen daneben noch andere Momente derselben in Betracht kommen, ist in gewissen Beziehungen lediglich die Thatsache der Vorbestrafung wegen einer bestimmten Strafthat das Maßgebende. Wir erinnern hierbei an das in den Abschnitten I, II, IV 1a. α und 2a, sowie V a. E. Dargelegte. Es soll deshalb zunächst erörtert werden, in welcher Weise das konkrete der früheren Verurtheilung des Angeklagten zu Grunde liegende Delikt festzustellen sei.

Auf den ersten Anblick scheint der Tenor des Vorerkenntnisses[55]) anzugeben, wegen welchen Deliktes die frühere Verurtheilung des Angeschuldigten erfolgt sei, aber die nähere Betrach-

---

Personen sich gegen Belohnung oder auch nur, um sich Unterkommen zu verschaffen, zur Strafvollstreckung melden und den Gefängnißbeamten hinsichtlich ihrer Persönlichkeit täuschen. Vergl. beispielsweise den der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 26. Mai 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 387) zu Grunde liegenden Fall.

[55]) Es wird im Folgenden der Kürze halber vorausgesetzt, daß die das Vorerkenntniß enthaltenden Akten zur Hand seien. Event. handelt es sich um den Beweis des Inhaltes der früheren Entscheidung in anderer Weise. Vergl. die Ausführungen über die Feststellung der Vorbestrafungen im Allgemeinen auf der vorigen Seite.

tung ergiebt, daß der Tenor weder stets die richtige, noch die für unsere Zwecke hinreichende Bezeichnung derjenigen strafbaren Handlung enthält, derentwegen die Verurtheilung ausgesprochen wurde. Veranlassung hiervon ist zum Theil das Strafgesetzbuch selbst; denn dieses inducirt durch die den einzelnen Abschnitten des zweiten Theils gegebenen Ueberschriften nicht selten zu einer, nur diesen entsprechenden Bezeichnung allgemeinerer Art, welche das vorliegende Delikt nicht hinreichend erkennen läßt. Wenn beispielsweise der fünfundzwanzigste Abschnitt: „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" überschrieben ist, so kann auf Grund dessen eine Verurtheilung wegen „strafbaren Eigennutzes" ausgesprochen werden wegen folgender Delikte: des „gewerbsmäßigen Glückspiels (§ 284), oder „Arrestbruches" (§ 289), oder der „Aneignung verschossener Munition" (§ 291), oder des „unberechtigten Jagens" (§ 292), oder wegen anderer strafbaren Eigennutz verrathender Strafthaten, für die sich eine kurze Bezeichnung schwer finden läßt (vergl. §§ 287, 288, 301 u. 302). Alle diese Handlungen sind, wenn ihnen auch gemeinsam eine eigennützige Absicht zu Grunde liegt, doch im übrigen von einander recht verschieden und kann es im Einzelfalle von Bedeutung sein, zu wissen, ob der Angeklagte wegen des einen oder des anderen Vergehen bestraft ist. Aehnlich verhält sich das St.G.B. in manchen anderen Fällen, wenn es auch nicht immer so sehr, wie in dem eben gedachten Abschnitte, davon Abstand nimmt, das einzelne Delikt auch mit einem besonderen Namen zu belegen. Ganz abgesehen von den althergebrachten Verbrechensnamen, z. B. Hochverrath und Landesverrath (§ 80 ff, § 87 ff), Mord und Todtschlag (§§ 211 u. 212), Diebstahl und Raub §§ 242 und 249) u. s. w. — ist dieses vielmehr anscheinend nicht selten ganz geflissentlich geschehen (vergl. z. B. § 223 „Körperverletzung" nicht „Mißhandlung", § 187 „verleumderische Beleidigung" nicht Beleidigung schlechtweg oder Verleumdung). Wie zweifelhaft aber die Tenorirung in einzelnen Fällen sein kann, zeigt sich beispielsweise bei dem im § 252 St.G.B. vorgesehenen Verbrechen, denn indem dasselbe einen Diebstahl mit nachfolgender Verübung von Gewalt gegen

eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begreift, paßt weder die Bezeichnung desselben als „Raub" oder „Diebstahl" noch auch diejenige als „räuberischer Diebstahl." Und wenn auch dieses Verbrechen, wie hinsichtlich der Bestrafung überhaupt, so auch hinsichtlich der Begründung des Rückfalles dem Raube gleichgestellt ist (§§ 244, 250 Nr. 5), so daß auch seine Bezeichnung als „Raub" deshalb unbedenklich scheinen möchte, so kann doch in einem speciellen Falle der Umstand von Wichtigkeit sein, ob der Angeklagte früher wegen Raubes oder wegen des Verbrechens gegen § 252 St.G.B. bestraft worden sei. Ebensowenig ist für das zweite gleich einem Raube zu bestrafende Verbrechen des § 255 St.G.B. ein technischer Name aufgestellt. Die in den Motiven zum § 250 Entw. II. gewählte Bezeichnung der „räuberischen Erpressung" erscheint, da das Verbrechen immer eine Erpressung bleibt, zwar angemessen, während die Bezeichnung als „gewaltsame Erpressung" in den Motiven zum § 232 Entw. I. nicht zutreffend, und der von Oppenhoff Kommentar N. 10 zu § 244 St.G.B. gebrauchte Ausdruck „schwere Erpressung" wegen der nicht hinreichenden Unterscheidung von der qualificirten Erpressung des § 254 um so ungenügender ist, als eine solche durch die Bestimmungen über den Rückfall erfordert wird. Zu einer derartigen unzureichenden Benennung des Verbrechens hat aber das St.G.B. selbst Veranlassung gegeben, indem es auf die Benennung desselben als „räuberischer Erpressung" verzichtete.

Aber auch wenn das St.G.B. zu einer, sei es unrichtigen oder unzureichenden oder wenigstens in der Praxis ungleichmäßigen Tenorirung nicht selbst Anlaß gäbe, so würde dennoch lediglich aus dem Tenor die Beantwortung der Frage, weshalb die Vorbestrafung erfolgt sei, mit Sicherheit nicht entnommen werden können, denn es fallen bei der Tenorirung häufig genug, auch ohne jenen Umstand, Fehler des Richters vor, theils bloße Versehen oder Schreibfehler, indem beispielsweise in Fällen aus der Praxis „Beleidigung" statt „Bestechung" oder „Diebstahl und Unterschlagung" statt „Diebstahl" gesagt war, theils geradezu falsche Bezeichnungen

der Delikte, die häufig in dem Nachwirken früherer Gesetzgebungen ihren Grund haben, so wenn auf „Diebstahl" tenorirt wird, während der Thatbestand von strafbaren Handlungen gemeint wird, welche entweder durch das St.G.B. bezw. durch daneben in Kraft stehende Specialgesetze von jenem Begriffe ausgesondert sind, wie die Entwendung von Eßwaaren und der sog. Futterdiebstahl, (§ 370 Nr. 5 und 6 St.G.B.) ferner der Holz- und Felddiebstahl, oder auch an sich begrifflich nicht — oder nicht mehr — darunter fallen, wie z. B. der sog. Fund- (§ 246) und der sog. Wilddiebstahl (§ 292). Ferner wird in der Praxis nicht selten lediglich der „Hehlerei" im Tenor erwähnt, während nur eine solche Handlung in Frage steht, die entweder nach § 6 des Holzdiebstahlsgesetzes vom 2. Juni 1852 oder nach § 2 des Gesetzes vom 26. März 1856 über die Bestrafung unbefugter Gewinnung oder Aneignung von Mineralien oder nach Art. 1. des Gesetzes vom 22. Februar 1867 betr. die Bestrafung der unbefugten Aneignung von Bernstein nur als Uebertretung strafbar ist.

Ist in dieser falschen Weise tenorirt worden, so kann auch in denjenigen Fällen, wo es sich nicht um bloße, nach allgemeinem Grundsatze durch die Rechtskraft nicht konvalidirende, Schreibfehler handelt, dennoch die Rechtskraft des Erkenntnisses dem Angeklagten entgegenstehen. Denn wenn es sich um die Feststellung des Einflusses der Vorbestrafungen auf zu fällende Kriminalurtheile handelt, so kann dabei, sei es daß jener Einfluß wie bei dem Rückfall nach dem St.G.B. positiv normirt ist, sei es daß er sich aus der Natur der Sache ergiebt, immer nur in Betracht kommen, welches Strafgesetz gegen den Angeklagten früher zur Anwendung gebracht sei, denn er ist beispielsweise nur dann wegen Diebstahls bestraft — sehen wir von dem Wechsel der Gesetzgebung ab — wenn die Bestrafung auf Grund der Strafbestimmungen des St.G.B's. über den Diebstahl im Sinne des § 242 erfolgte, nicht aber wenn die Strafe aus § 370 Nr. 5 oder 6 entnommen war. So wird man darauf geführt, das vom früheren Richter gegen den Angeklagten zur Anwendung gebrachte Strafgesetz für maßgebend zu halten, wenn es sich nur um die Feststellung handelt, wegen welchen

Deliktes die Vorbestrafung erfolgt sei. Allein es entsteht jetzt die Frage, woraus das angewendete Strafgesetz zu entnehmen sei? Zwar wird dasselbe regelmäßig in den Entscheidungsgründen angeführt, im Gebiete des altpreuß. St.Pr.=Rechtes auf Grund der Allg. J.M.=Verfügung vom 29. März 1853 (J.M.Bl. S. 137), in dem der St.P.O. vom 25. Juni 1867 zufolge des § 263 derselben, welcher „die Anführung der in Anwendung gebrachten gesetzlichen Bestimmungen" vorschreibt, allein trotzdem unterbleibt dieselbe manchmal und noch häufiger fallen auch dabei bloße Schreibfehler[56]) oder Versehen vor, wie beispielsweise, wenn bei einer einen Holzdiebstahl im dritten Rückfall enthaltenden thatsächlichen Feststellung nur § 242 St.G.B's und nicht auch § 16 des Holzdiebstahlsgesetzes vom 2. Juni 1852 citirt wird, eine Unterlassung, die wegen der Bestimmung im Abs. 2 dieses letzteren Paragraphen von Bedeutung werden kann. Derartige Fehler ergeben sich durch Vergleichung des citirten Strafgesetzes mit dem Tenor, sicherer aber noch mit demjenigem Theile des Erkenntnisses, in welchem entsprechend der Bestimmung des Art. 31 des Gesetzes vom 3. Mai 1852, sowie des § 353 der Pr. St.P.O. vom 25. Juni 1867 die wesentlichen Merkmale der den Gegenstand der Entscheidung bildenden strafbaren Handlung als erwiesen angenommen sind, was gewöhnlich in der kurzen, den Gesetzesworten sich anschließenden Formulirung geschieht, die schlechtweg die thatsächliche oder Schluß=Feststellung genannt wird. Dieselbe ist regelmäßig[57]) der Vordersatz, auf welchem vom Richter das Straf=

---

[56]) Das Ober=Tribunal vernichtete in seiner Entscheidung vom 28. Mai 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 396) ein Erkenntniß, in dem festgestellt war, „daß die Angeklagten den Entschluß sich Bernstein rechtswidrig zuzueignen, ohne zu dessen Gewinnung befugt zu sein, durch Handlungen bethätigt haben, welche einen Anfang der Ausführung dieses Vergehens enthalten," während der Verurtheilung die Art. 1 und 3 des Gesetzes vom 22. Februar 1867 zu Grunde gelegt waren. Sollte nicht hier auch der Art. 3 nur in Folge eines Schreibfehlers allegirt gewesen sein?

[57]) Nicht immer, man denke nur an das Fehlen des erforderlichen Strafantrages.

gesetz zur Anwendung gebracht wird, also das hierfür Bestimmende. Deshalb scheint aus der vom Richter getroffenen thatsächlichen Feststellung sich das von ihm angewendete Gesetz von selbst zu ergeben; aber dieses ist nur insofern richtig, als er den bei der Anwendung des Strafgesetzes auf die festgestellten Merkmale zu machenden logischen Schluß richtig zieht und hierbei nicht einem Irrthum verfällt. Das kann z. B. geschehen, wenn er einen sog. erschwerenden Umstand mit als thatsächlich festgestellt erachtet, demnächst aber nur auf die wegen des einfachen Vergehens angedrohte Strafe erkannt hat. Viel leichter noch kann ein Richter — trotz richtiger thatsächlicher Feststellung — zur Anwendung eines falschen Strafgesetzes kommen, wenn er einen für die Bestrafung erheblichen Umstand, der nicht in jene Feststellung gehört, wie z. B. das Fehlen des erforderlichen Antrages oder das Vorliegen der Bedingungen des Rückfalles schließlich übersieht. Andererseits können aber auch Fehler bei der Formulirung der thatsächlichen Feststellung unterlaufen, die an sich die Anwendung eines anderen Strafgesetzes zur Folge haben müßten, als wie es trotz derselben vom Richter angewandt ist. Diese Fehler können wieder doppelter Art sein, theils reine Versehen, wie die Weglassung eines einzelnen Thatbestandes z. B „des Vortheils wegen" oder „in der Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen," theils aber Unvollständigkeiten sein, die in einer falschen Rechtsansicht oder in einer Rechtsunkenntniß ihren Grund haben können, so wenn Jemand auf die thätsächliche Feststellung, daß er sich Genußmittel rechtswidrig zugeeignet habe, wegen Diebstahls verurtheilt wird, während nach der konstanten Praxis des Ober-Tribunals, der sich auch das ehemalige Ober-Appellationsgericht zu Berlin in der Entscheidung vom 6. September 1873 (Rechtsprechung B. 14 S. 515) angeschlossen zu haben schien, sich die Anwendung der Diebstahlsstrafe aus § 242 St.G.B. nur rechtfertigt, wenn außerdem festgestellt ist, daß die Genußmittel weder von unbedeutendem Werth noch in geringer Menge entwendet worden seien. (Vgl. Oppenhoff Kommentar N. 69 zu § 242 und N. 24 zu § 370 Nr. 5). Jene thatsächliche Feststellung würde nach der Ansicht des Ober-Tribunals fraglich lassen, welche Strafbestimmung anzuwenden sei.

Kann man sonach zwar regelmäßig aus der thatsächlichen Feststellung auf das angewendete Strafgesetz schließen, wenn solches nicht citirt ist, und durch dieselbe kontrolliren, ob das citirte Strafgesetz auch wirklich gemeint sei, so folgt doch aus allem Obigen, daß die thatsächliche Feststellung nicht unter allen Umständen zu den gedachten Zwecken ausreichend ist, denn es kommt eben auf dasjenige Strafgesetz an, aus dem der Richter wirklich die ihm verhängte Strafe entnommen hat, nicht auf dasjenige, welches er nach der thatsächlichen Feststellung, mag sie an sich richtig sein oder einen Fehler enthalten, hätte anwenden sollen. Nicht der jetzige Richter hat auf die in dem Vorerkenntnisse getroffene thatsächliche Feststellung das Gesetz anzuwenden, sondern es war dieses Sache und Aufgabe des früheren Richters, welcher er sich nach seiner Erkenntniß zu unterziehen hatte.

Da nach der bereits von Oppenhoff Strafverfahren N. 14 zu Art. 31 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 vertretenen und noch neuerdings vom Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 27. Mai 1875 (Rechtsprechung B. 16 S. 391) gebilligten Ansicht die Weglassung eines thatbestandlichen Merkmals in der Schlußfeststellung keine Nichtigkeit begründet, wenn die richterliche Ueberzeugung von der Existenz desselben mit hinreichender Klarheit aus den Urtheilsgründen hervorgeht, so können diese insoweit gleichfalls dem Zwecke der Ermittelung des vom früheren Richter angewendeten Strafgesetzes dienen. In weiterem Umfange erscheint dies aber als unzulässig, denn offenbar können nur diejenigen in den Entscheidungsgründen erwähnten Thatsachen für die vorliegende Frage von Bedeutung sein, welche von ihm in dem Bewußtsein, daß sie zu den wesentlichen Merkmalen der von ihm als vorliegend erachteten strafbaren Handlung gehören, als erwiesen angenommen worden sind. (Vgl. Oppenhoff, Strafverfahren N. 15 zu Art. 31 des Gesetzes.)

Das Resultat, zu welchem wir hiernach gelangen, ist, daß wenn eine frühere Verurtheilung wegen eines konkreten Deliktes auf ein noch zu fällendes Strafurtheil von Einfluß ist,

1) hierfür lediglich das in dem Vorerkenntnisse zur Anwendung gebrachte Strafgesetz entscheidet, und

2) die Ermittelung desselben auf Grund des vom Richter angezogenen Strafgesetzes in Verbindung mit der von ihm getroffenen thatsächlichen Feststellung, sei es der formulirten oder nicht formulirten, in Zweifelsfällen auch noch unter Heranziehung des Tenors, zu geschehen hat.

b. Andere Momente der Verurtheilung.

Von den näheren Umständen der früheren Verurtheilung, die außer der Verhängung der Strafe wegen eines bestimmten Deliktes hier interessiren können, ist zunächst die Zeit zu nennen, zu welcher dieses frühere Delikt begangen sein soll. Die Feststellung derselben ist, wenn es sich um die Anwendung des § 244 St.G.B. handelt, für die zweite der erfolgten Verurtheilungen nothwendig, da die durch dieselbe bestrafte That, Inhalts des Erkenntnisses, nach der ersten Vorbestrafung begangen sein muß. (Vgl. oben Absch. IV, 1 a, auch 2 a.) Für diese Zeit kann ausschließlich die, formulirte oder nicht formulirte, thatsächliche Feststellung des früheren Richters maßgebend sein, denn der jetzige Richter kann sich ein selbstständiges Urtheil über die bereits abgeurtheilte That nicht anmaßen, sowenig hinsichtlich eines einzelnen Umstandes derselben als ihrer überhaupt, muß sich also lediglich mit dem begnügen, was der frühere Richter in Bezug auf die Zeit der Begehung als erwiesen angesehen hat. Es wird daher zunächst auf das ankommen, was die Schlußfeststellung in dieser Beziehung ergiebt. Sollte diese jedoch hinsichtlich der Zeit der That nur eine allgemeine Bezeichnung, wie etwa den Monat oder gar nur das Jahr derselben, enthalten, so daß daraus noch nicht erhellt, ob diese vor oder nach der ersten Bestrafung begangen, so erscheint es auch zulässig auf den übrigen Theil der Urtheilsgründe zu dem Zwecke einzugehen, um zu ermitteln, ob daselbst die Zeit genauer festgestellt ist. War beispielsweise mit der Verbüßung der ersten Strafe am 2. Juni 1875 begonnen, nach der Schlußfeststellung des zweiten verurtheilenden Erkenntnisses aber die demselben zu Grunde liegende That „im Juni 1875" begangen, so kann sie möglicher Weise vor oder nach dem Beginne der Verbüßung der früher erkannten Strafe verübt worden sein;

dies ist aber nach den §§ 244 u. 245 St.G.B. von entscheidender Bedeutung. Ergeben in einem solchen Falle die Entscheidungsgründe, daß der Richter die That als nach dem 2. Juni begangen angenommen habe, so ist die Behauptung gerechtfertigt, daß Inhalts dieses zweiten Erkenntnisses die durch dasselbe abgeurtheilte That nach der früheren Bestrafung desselben Angeschuldigten verübt sei. Denn da die Ermittelung der Zeit der That zu einem Essentiale jeder thatsächlichen Feststellung gehört, wenn auch nur in dem Umfange, daß daraus das anzuwendende Strafgesetz beim Wechsel der Gesetzgebung sowie das etwaige Vorliegen der Verjährung zu entnehmen ist, so kann unbedenklich jede von dem früheren Richter vorgenommene Ermittelung der Zeit der That, auch wenn sie demnächst nicht so speciell in die Schlußfeststellung aufgenommen worden sein sollte, dennoch in obiger Weise verwerthet werden. Der Richter kann darüber nicht im Irrthum sein, daß die von ihm ermittelte Zeit der Begehung ein wesentliches Merkmal der den Gegenstand seiner Entscheidung bildenden That ist. Bleibt es auch empfehlenswerth, die Zeit der That in die Schlußfeststellung so genau aufzunehmen, wie es die Ermittelungen gestatten, so läßt sich doch eine weniger genaue Angabe daselbst im Interesse der Anwendung des § 244 St.G.B. eventuell aus den Gründen ergänzen. Ergeben dagegen auch diese über eine genauere Ermittelung der Zeit nichts, so bleibt die Anwendung des § 244 St. G. B. bezw. der ihm ähnlichen Rückfallsschärfungen vielleicht nur deshalb ausgeschlossen, weil in dem zweiten der relevanten Vorerkenntnisse die Zeit der That nicht hinreichend festgestellt ist. Ein Nachholen in dieser Richtung, etwa auf Grund der Akten oder sonstiger Beweismittel, muß ebenso wie beim gänzlichen Fehlen einer Feststellung der Zeit der Begehung ganz unzulässig erscheinen, denn es kommt, nach der oben S. 115 ff dem § 244 St.G.B. gegebenen Auslegung darauf an, daß I n h a l t s d e s z w e i t e n V o r e r k e n n t n i s s e s die in ihm abgeurtheilte That nach der ersten Bestrafung begangen sei. Es ist aus diesem Grunde, in allen den Fällen, wo der Rückfall in der eigenthümlichen Gestaltung des St.G.B. demnächst in Frage kommen kann, von großer Wichtigkeit, daß die Feststellung der Zeit der That so genau wie möglich geschehe.

Was die gesammten übrigen nach der Annahme des früheren Richters die von ihm abgeurtheilte That begleitenden näheren Umstände anbetrifft, die nach unseren Ausführungen in Abschnitt I für ein noch zu fällendes Strafurtheil nicht selten von Erheblichkeit sind, so kann behufs deren Ermittelung unbedenklich außer auf die Schlußfeststellung selbst auf den ganzen übrigen Inhalt der Entscheidungsgründe eingegangen werden. Es kommt hier nur darauf an, ob der frühere Richter diese später interessirenden Umstände überhaupt als erwiesen angenommen hat, nicht ob sie zu den wesentlichen Merkmalen des abgeurtheilten Verbrechens gehörten bezw. als dazu gehörig vom Richter angesehen wurden. Handelt es sich beispielsweise um die Aburtheilung eines schweren Diebstahles, der unter gewissen eigenthümlichen Umständen begangen wurde, so kann, in dem oben Abschnitt I angedeuteten Umfange, die Konstatirung von Bedeutung werden, daß bereits früher gegen denselben Angeklagten die Verübung eines unter ganz ähnlichen Umständen begangenen schweren Diebstahls angenommen worden ist. Daß diese besonderen, damals als erwiesen angenommenen, Umstände über die den schweren Diebstahl bedingenden Merkmale hinausgehen, ist dafür gleichgültig. Es handelt sich hier nicht wie in den bisher erörterten Fällen darum, daß eine frühere Verurtheilung bestimmte — gesetzlich festgesetzte — Momente, von denen nicht abgewichen werden kann, als Bedingungen für die Anwendung eines bestimmten Strafgesetzes enthalten muß, sondern darum, daß der urtheilende Richter gewisse Punkte als in dem Vorerkenntnisse für erwiesen erachtet konstatirt, deren Würdigung für die Beurtheilung der jetzt vorliegenden Thatfrage ganz in seinem Ermessen liegt.

Aber außer denjenigen Umständen, welche die dem Vorerkenntnisse zu Grunde liegende strafbare Handlung selbst betreffen, können noch andere Momente bei der früheren Verurtheilung von Interesse werden, so nach Abschnitt VI. der Umstand, auf wessen Antrag die Strafverfolgung veranlaßt sei. Es braucht dies nicht aus dem Vorerkenntnisse selbst hervorzugehen, wenn es auch zweckmäßiger Weise in demselben konstatirt wird, sondern es genügt

hier nöthigenfalls auch eine auf Grund des übrigen Inhalts der Akten angestellte Ermittelung. Es ist dabei jedoch zu beachten, daß das Entscheidende nicht ist, welche Strafanträge sich in den Akten befinden (es kann der eine oder andere übersehen sein), sondern welche Strafanträge zur Erhebung der Anklage Veranlassung gegeben haben. Dies wird meist in derselben ausdrücklich bemerkt sein, event. sich wenigstens aus ihrem Inhalte ergeben.

Endlich erhellt die Zeit der früheren Verurtheilung, welche nach den obigen Ausführungen in Abschnitten III. und IV. gleichfalls häufig von Bedeutung ist, aus dem Erkenntnisse selbst.

3. Die Feststellung der Verbüßung, der Verjährung und des Erlasses einer früher erkannten Strafe.

Die Feststellung der Verbüßung und des Erlasses einer früher erkannten Strafe ist von Erheblichkeit, wenn ein Rückfall in Frage steht, zunächst insofern diesen Momenten vom Richter allgemein ein Einfluß auf die Strafzumessung eingeräumt wird (vergl. oben Abschnitt II. S. 15 f.), dann aber auch nach der eigenthümlichen dem Rückfalle in den §§ 244 u. 245 St.G.B. gegebenen Gestaltung, weil einmal Bedingung desselben ist, daß die früheren Strafen wenigstens theilweise verbüßt oder erlassen seien (vergl. oben Abschnitt IV. 1a, α u. β, sowie 2a), dann aber, daß seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahles noch nicht zehn Jahre verflossen seien (vergl. oben Abschnitt IV. 1a. γ, sowie 2a).

Die negative Feststellung ferner, daß die Verbüßung, der Erlaß und auch die Verjährung einer früher erkannten Strafe nicht stattgehabt habe, ist von Bedeutung, wenn es sich um die Anwendung des § 79 St.G.B. handelt, denn nach demselben soll nicht mehr zusätzlich erkannt werden, wenn die erkannte Strafe „verbüßt, verjährt oder erlassen ist" (vergl. oben Abschnitt III. 1 S. 57 ff.). Hier kommt es übrigens auf den Nachweis der gänzlichen Verbüßung der Strafe an, während bei der erst gedachten positiven Feststellung derjenige der theilweisen Verbüßung genügte.

Der Beweis der gänzlichen oder theilweisen Verbüßung und des in gleicher Weise stattgehabten Erlasses der Strafe ist hauptsächlich durch den positiven Inhalt der Vorakten und Straflisten zu führen, während der Nachweis der Verjährung insofern durch den negativen Inhalt der Akten erbracht wird, als diese weder über Strafverbüßung oder Erlaß, noch über eine Unterbrechung der Verjährung gemäß § 72 St.G.B. etwas enthalten. In letzterer Beziehung kommt übrigens auch einer Verfügung der strafvollstreckenden Behörde eine Bedeutung zu, während diese für den Beweis der stattgehabten Verbüßung außer Betracht bleiben muß, da nur die wirkliche Verbüßung, nicht deren Verfügung nach den §§ 244, 245 und den diesen korrespondirenden von Einfluß ist.

4. Die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Vorbestrafungen.

Es erübrigt endlich noch die Erörterung der Frage, ob sich die Entscheidung über das Vorliegen von Vorbestrafungen des Angeklagten und die daraus zu ziehenden Folgerungen, als ein Urtheil über die Schuld- oder über die Straffrage charakterisire. Diese Frage ist, wie schon nach dem Sinne der Preußischen Strafproceßgesetze, so auch nach ausdrücklichen Bestimmungen des Entwurfes einer Deutschen St.P.O. in mehrfachen Beziehungen, namentlich aber im schwurgerichtlichen Verfahren für die Kompetenz der Geschworenen oder des Gerichtshofes von Bedeutung. (Vergl. die Motive des Entwurfs einer St.P.O. Anlage 5: Die Rechtsfindung im Geschworenengericht. D. Deutschland, III. Entscheidung der Schuldfrage durch die Geschworenen. Reichstagsverhandlungen, 2. Legisl. Periode, II. Session 1874/75, B. 3, S. 317 f., ferner §§ 222, 251 des Entwurfs). Wir schließen uns im Folgenden dem Gange dieser Abhandlung selbst an.

1. Was den Einfluß von Vorbestrafungen auf die Beurtheilung der Schuldfrage betrifft, so steht sowohl das Urtheil über das Vorliegen der Vorbestrafungen als auch über deren Wirkungen hinsichtlich der Entscheidung der Schuldfrage selbstverständlich im konkreten Falle dem Richter über die Schuldfrage zu.

2. Umgekehrt gebührt ebenso zweifellos dem Richter der Straffrage die Entscheidung nach beiden angedeuteten Richtungen, wenn es sich um den allgemeinen Einfluß von Vorbestrafungen auf die Strafzumessung handelt. Dem steht auch nicht entgegen, daß es sich bei der Ermittelung des Punktes, ob und welche Vorbestrafungen vorliegen, um etwas Thatsächliches und nicht um ein rechtliches Moment handelt. Die Trennung der That- und der Rechtsfrage fällt überhaupt mit dem Unterschiede der Schuld- und der Straffrage nicht zusammen, ist auch für die Bestimmung des Grenzgebietes zwischen den letzteren beiden im Allgemeinen einflußlos und nur insofern von Bedeutung, als positive Vorschriften gewisser Strafproceßgesetzgebungen „darauf berechnet sind, in Fällen, wo die Rechtsanwendung eine besonders schwierige ist, die letztere den Geschworenen zu entziehen und sie dem Gerichtshofe vorzubehalten". (Motive des Entwurfs einer St.P.O. a. a. O. S. 318). Wo der Richter der Straffrage, wie im schwurgerichtlichen Verfahren, ein anderer ist, als derjenige der Schuldfrage, ist er allerdings an die von diesem festgestellten Thatsachen gebunden, im Uebrigen aber hat er die Strafe selbstständig zu bemessen und deshalb auch mit jener Beschränkung die für die Strafzumessung erheblichen thatsächlichen Momente selbst festzustellen, soweit nicht positive Bestimmungen entgegenstehen. Solche enthalten beispielsweise Art. 84 des Zusatzgesetzes vom 3. Mai 1852 und § 321 der Strafproceß-Ordnung vom 25. Juni 1867, wenn dieselben den Geschworenen die Entscheidung über das Vorhandensein mildernder Umstände „überhaupt" oder „ohne nähere Bestimmung" übertragen. Ohne Zweifel ist dieses eine Entscheidung über die Straffrage. Der Entwurf einer Deutschen St.P.O., welcher den Gegensatz der Schuld- und Straffrage in voller Bestimmtheit aufstellt, ohne sich durch die Begriffe der That- und Rechtsfrage beeinflussen zu lassen, hat deshalb die Entscheidung über das Vorhandensein der mildernden Umstände überhaupt, ausweislich der Motive, wieder in die Hände des Richters der Straffrage legen wollen, wenn er in § 222 Abs. 2 folgende Bestimmung proponirte:

„Die Schuldfrage begreift auch solche von dem Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen."

Für uns folgt daraus, daß insofern Vorbestrafungen für die Annahme oder Verneinung mildernder Umstände von Bedeutung sein können (vergl. oben Absch. II. a. E. S. 31), die Entscheidung hierüber nach den in Preußen geltenden Proceßgesetzen dem Richter der Schuld- (That-) frage, also den Geschworenen, nach allgemeinen Grundsätzen dagegen, sowie nach dem Entwurfe einer Deutschen St.P.O. dem Richter der Straffrage, also dem Schwurgerichtshofe, zusteht.

3. Falls die Anwendung des § 79 St.G.B. in Frage steht, hat lediglich der Richter der Straffrage die Entscheidung über das Vorliegen von Vorbestrafungen und deren Einfluß. Denn letzterer zeigt sich ausschließlich darin, daß event. die Strafe des Angeklagten nach den für ihn günstigeren Bestimmungen der §§ 74—78 St.G.B. bemessen wird.

4. Wie der Einfluß von Vorbestrafungen auf die Strafzumessung im Allgemeinen der Beurtheilung des Richters der Straffrage anheimfällt, so auch der Einfluß, den sie auf die Anwendung der Rückfallsschärfungen im Speciellen haben. Mit der Schuldfrage hat ein etwaiger Rückfall nichts zu thun; er kommt, so thatsächlich die Entscheidung über sein Vorliegen auch ist, nur für die Bestrafung in Betracht. Dies anerkannten schon die preußischen Strafproceßgesetze, wie Art. 26 des Einführungsgesetzes zum Pr. St.G.B. vom 14. April 1851, indem derselbe vorschreibt:

„Darüber, ob die Voraussetzungen des Rückfalls vorhanden sind, entscheidet der Schwurgerichtshof ohne Mitwirkung der Geschworenen."

und § 325 der Strafproceß-Ordnung vom 25. Juni 1867 mit einer ganz gleichen, nur noch der Verjährung gedenkenden Bestimmung.

Daß nach dem Principe des Entwurfes einer Deutschen St.P.O. die Entscheidung über den Rückfall gleichfalls dem Richter der Straffrage gebührt, kann nach dem oben Gesagten nicht zweifel-

haft sein und in der That verdankt die ausdrückliche Bestimmung des § 222 Abs. 3

„Die Feststellung, ob die Voraussetzungen des Rückfalles oder der Verjährung vorliegen, bildet keinen Theil der Schuldfrage."

ihre Aufnahme in den Entwurf, wie die Motive (a. a. O. S. 190) hervorheben, nur einem Zweckmäßigkeitsgrunde „zur Verhütung eines Mißverständnisses", welches aus der formellen Behandlung der Verjährung in dem die Strafausschließungsgründe umfassenden Abschnitte des St.G.B.'s, sowie des Rückfalles als Strafschärfungsgrundes entstehen könnte.

5. Der Einfluß von Vorbestrafungen hinsichtlich der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Delikte unterliegt der Beurtheilung des Richters der Schuldfrage, denn jener äußert sich ausschließlich bezüglich der Feststellung des Thatbestandes jener Vergehen, indem die Vorbestrafungen in gewissem Umfange dazu dienen, den Charakter der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit der Handlung klar zu legen.

6. In dem oben Absch. VI besprochenen Falle bei Antragsdelikten äußern, wenn einmal die nochmalige Verhandlung wegen derselben That für zulässig erachtet wird, die wegen dieser bereits erkannten Vorbestrafungen einen Einfluß lediglich auf die Strafzumessung. Die Summe sämmtlicher wegen derselben strafbaren Handlung erkannten bezw. zu erkennenden Strafen darf das Maximum der für die Strafthat angedrohten Strafe nicht übersteigen. Es steht deshalb die Beurtheilung des Einflusses der Vorbestrafungen sowie die Feststellung ihres Vorliegens in diesem Falle dem Richter der Straffrage zu.

Wenn sich hiernach ergiebt, daß das Urtheil sowohl über das Vorhandensein von Vorbestrafungen als auch über deren Einfluß in einzelnen Fällen, und zwar zu 1, 5 und bezw. 2, soweit nach preußischem Proceßrecht mildernde Umstände in Frage kommen, dem Richter der Schuldfrage, in anderen dagegen, und zwar zu 3, 4, 6 und bezw. 2, was den allgemeinen Einfluß auf die Strafzumessung anbetrifft, dem Richter der Straffrage zusteht, so erhellt zugleich, daß die Möglichkeit eines differirenden Urtheils über die

Vorbestrafungen, namentlich deren Vorhandensein, zwischen dem Richter der Schuld- und dem der Straffrage vorhanden ist. In einer schwurgerichtlichen Untersuchungssache wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle können beispielsweise die Geschworenen das Schuldig wesentlich mit Rücksicht darauf aussprechen, daß sie gewisse Vorbestrafungen des Angeklagten als vorliegend annehmen, während demnächst der Gerichtshof bei Bestimmung der Strafe die Bedingungen des Rückfalls verneint, weil er von einer der beregten Vorbestrafungen nicht als erwiesen ansieht, daß sie gegen den Angeklagten ergangen sei. Denkbar ist auch das Umgekehrte, daß die Geschworenen gewisse Vorbestrafungen nicht als vorliegend annehmen, sondern aus anderen Gründen zum Verdikte auf Schuldig gelangen, während der Gerichtshof die Strafe gerade mit Rücksicht auf die von ihm als erwiesen erachteten Strafen besonders hoch bemißt. Diese Differenzen jedoch, welche nicht zu vermeiden sind, sobald der Richter der Schuldfrage eine andere Person als der Richter der Straffrage ist, treten äußerlich nicht hervor, da in einem solchen Falle jener für seine Entscheidung keine Gründe angiebt. Wenn deshalb der Richter der Straffrage, soweit er hierin frei ist, bei der Strafausmessung von anderen thatsächlichen Annahmen, als der Richter der Schuldfrage, ausgeht, so wird dies wenigstens nicht ersichtlich und ist insofern der vorhandene Mißstand weniger empfindlich.

Berichtigungen.

S. 50 Z. 15 v. u. lies „§ 65" statt „§ 66".

S. 53 ist hinter der citirten Entscheidung vom 13. März 1874 einzufügen „(Stenglein B. 4 S. 108)."

S. 144 Z. 11 v. o. ist das Komma hinter § 73 zu streichen und durch „und" zu ersetzen.

S. 149 Z. 16 v. u. lies „garnicht" statt „gar nicht."